Anfängliches Unvermögen, Wesen und Bedeutung nach deutschem bürgerlichen Recht.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock
vorgelegt von

Ernst Friedrich Buschmann, Referendar,
aus Schwerin.

Schwerin i. M. 1931.
Druck der Bärensprungschen Hofbuchdruckerei.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent: Professor Dr. Rudolf Henle.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552721_0133

Inhalt.

Seite

A. Grundlegung 9

B. Der Begriff des anfänglichen Unvermögens 12

Die Bestandteile des Begriffes sind:

I. Das Nichtleistenkönnen des Schuldners 12

1. Der Inhalt der Leistungspflicht 12

2. Die Findung des Unmöglichkeitsurteils 13

3. Das System der Unmöglichkeitsgründe 14

a) Die Leistung ist ihrem Gegenstand nach unmöglich . . . 14

aa) Die logische Unmöglichkeit 14

bb) Dem Schuldner fehlt die zur Erfüllung erforderliche Beziehung zum Leistungsgegenstand 14

cc) Die Erfüllung scheitert an dem Verhalten eines Dritten 14

dd) Das vertragswidrige Verhalten des Schuldners ist das angemessene Mittel bei der Verfolgung eines staatlich anerkannten Interesses 15

b) Der Schuldner kann die geschuldete Kraftanstrengung nicht erbringen 17

c) Die Erfüllung läßt sich nicht in Ansehung des Zeitmomentes verwirklichen 18

d) Die Leistung kann nicht am vertragsmäßigen Ort erbracht werden 18

II. Der Unmöglichkeitsgrund ist nicht verkehrsnotorisch 18

1. Die Ausführung dieses Satzes:

a) Was bedeutet verkehrsnotorisch? 19

aa) Die Bedeutung verschiedener Verkehrskreise in diesem Begriff 19

bb) Was bedeutet notorisch? 21

cc) Das Wissen oder Wissenmüssen der Verkehrsgenossen von einem verkehrsnotorischen Unmöglichkeitsgrund als begriffliches Merkmal des § 307 24

b) Das Unvermögen als positiver Begriff 25

2. Auseinandersetzung mit der herrschenden Meinung 25

III. Zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses ist die Leistungsunfähigkeit des Schuldners objektiv gewiß 28

1. Wann kommt ein Schuldverhältnis im Sinne des § 275 zur Entstehung? 29

2. Festzustellen und zu vergleichen mit dem Zeitpunkte der Entstehung des Schuldverhältnisses ist der Zeitpunkt, in dem die objektive Gewißheit der schuldnerischen Leistungsunfähigkeit begründet ist 31

Seite

C. Die Rechtsfolgen des anfänglichen Unvermögens
I. Die Auffindung des Grundsatzes 34
1. Läßt sich die grundsätzliche Rechtsfolge per analogiam aus dem Gesetze erschließen? 34
a) Die §§ 306, 307 kommen für eine analoge Anwendung auf das anfängliche Unvermögen nicht in Frage 34
b) Die Analogie der §§ 279, 280 ist durchführbar 35
2. Die grundsätzliche Haftung des Schuldners auf das Erfüllungsinteresse ist aus allgemeinen Erwägungen abzuleiten 35
a) Auf die Fälle, in denen die Parteien bei Vertragsschluß das anfängliche Unvermögen berücksichtigt haben, kommt der Grundsatz von der Haftung des Schuldners auf das Erfüllungsinteresse nicht zur Anwendung 36
b) Für die Anknüpfung der Rechtsfolge kommt eine Verschuldensaufrechnung nicht in Betracht 36
c) Der maßgebende Gesichtspunkt für die grundsätzliche Haftung des unvermögenden Schuldners auf das Erfüllungsinteresse ist das Interesse des Verkehrslebens 37
II. Die einzelnen Auswirkungen des Grundsatzes 38
1. Bei Schuldverhältnissen im allgemeinen 38
a) Kann der Gläubiger auf die subjektiv unmögliche Leistung klagen? 38
b) Kann der Gläubiger unmittelbar auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung klagen? 40
c) Der Gläubiger kann die Verzugsfolgen geltend machen . 42
d) Kann der Gläubiger Herausgabe eines Ersatzes nach § 281 fordern? 42
e) Das vorübergehende anfängliche Unvermögen 43
aa) Der Begriff 43
bb) Seine Behandlung 43
2. Bei gegenseitigen Schuldverhältnissen 44

Literatur.

v. Alberti, Die Mitteilungspflicht über Unvermögen oder Unmöglichkeit und ihre Verletzung. Arch. f. d. Civ.-Prax. 118 S. 141 f.

Biermann, Arch. Civ.-Prax. 91 S. 73 f.

Binder, in der Zeitschr. f. Handelsrecht 52 S. 598 f.

Brecht, System der Vertragshaftung, Dogm. J. 53 S. 213 f. (zit. Brecht).

Brecht, Vom Verkauf einer fremden Sache. Leipz. Diss. von 1906.

Crome, Arch. Civ.-Prax. 115 S. 1 f.

Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse. 1930.

Ewald, Gruch. Beitr. 66, S. 534 f.

Fischer, Hans Albrecht, Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre in der Festschrift für v. Amsberg 1904 (zit. H. A. Fischer.)

Fischer, H. A., Dogm. J. 37 S. 199 f.

Fischer, Otto, Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäften. 1912. 1. Beitrag. (Otto Fischers Abhandl. Bd. 23.)

Fischer, Otto, Dasselbe. 1913. 2. Beitrag.

Harff, Das ursprüngliche Unvermögen zur Leistung und seine grundsätzlichen Rechtsfolgen nach deutschem bürgerlichen Recht. Berl. Diss. 1912.

Hartmann, Die Obligation. 1875.

Heck, Grundriß des Schuldrechts. 1929.

Jacobi, Dogm. J. 75, S. 81 f.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit. 1900. (zit. Kisch.)

Kisch, Krit. V. Schr. 44 S. 506 f.

Kisch, in Grünh. Zeitschr. 29 S. 311 f.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen. 1900. (zit. Kleineidam.)

Kleineidam, in Dogm. J. 43 S. 105 f.

Kreß, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. 1929.

Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß im Arch. Civ.-Prax. 101 S. 1 f. (zit. Krückmann.)

Krückmann, in Dogm. J. 57 S. 1 f.

Krückmann, in Dogm. J. 59 S 20 f.

Krug, Das unverschuldete Unvermögen zu einer versprochenen Leistung. Diss. Breslau 1901.

Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. 1906. (Otto Fischers Abhandl. Bd. 15.)

Leonhard, Franz, Allgemeines Schuldrecht des BGB. 1. Bd. 1929.

Lesser, Inhalt der Leistungspflicht. 1909.

Marck, Ludwig, Die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften als Folge der Unmöglichkeit der Verwirklichung ihres Inhalts. Bresl. Diss. 1913.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Bd. I u. III. 1853—1855.

Oertmann, Komm. II 1, Recht der Schuldverhältnisse. 1. Abtlg. 1928.

Planck, Komm. Recht der Schuldverhältnisse, Allgem. Teil 1914. (zit. Planck.)
Rabel, Rhein. Zeitschr. f. Zivil- und Prozeßrecht III. S. 467.
Rabel, Unmöglichkeit der Leistung in der Festschr. für Bekker 1907. (zit. (Rabel.)
Rabel, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österr. Recht, in der Festschr. z. Jahrhundertfeier des Allgem. Bürgl. Gesetzbuches. 1911.
Schöller, in Gruch. Beitr. 44 S. 603 f. und 45 S. 511 f., 46 S. 1 f.
Rogowski, Die Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungsverbindlichkeiten und ihre Rechtsfolgen. Leipz. Diss. 1907.
Schröder, John Ulrich, Unmöglichkeit und Ungewißheit. Rost. Diss. 1905.
Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung. Dogm. J. 50 S. 55.
Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. 1903.
Komm. von Reichsgerichtsräten zum BGB. §§ 1—432. 1928.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. 1900. (zit. Titze.)
Titze, in Krit. Viert.J.Schr. 45 S. 338.
Treitel, Sind die Vorschriften des BGB. über Unmöglicheit der Leistung und Verzug anwendbar auf Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen? Rost. Diss. 1902.
v. Tuhr, Der Notstand im Zivilrecht. 1888.

Die Paragraphen ohne Gesetzesangabe verweisen auf das BGB.

A.

Grundlegung.

I. Wenn zwei Personen einen Vertrag schließen, so ist es ihnen unmöglich, alle Fragen, die sich bei der Abwicklung ihres Rechtsverhältnisses ergeben können, schon im voraus zu klären. Sie überlassen vielmehr die Regelung mancher Fragen, indem sie selbst sie unterlassen, einer sinngemäßen Fortentwicklung ihres Willens, sei es im Einzelfall durch den Richter, sei es für von Vertragsschließenden *regelmäßig* offen gelassene Fragen durch die Rechtsordnung. Neben die von den Parteien im eigentlichen Sinne vereinbarten primären Vertragspflichten treten also, durch Fortentwicklung des Parteiwillens gewonnen, sekundäre Pflichten.

II. Nach dem Inhalt jeder Obligation soll der Schuldner seinen Willen zu einem bestimmten Verhalten bestimmen. Die Parteien vereinbaren z. B., der Schuldner solle dem Gläubiger das Eigentum an einer Sache verschaffen. Aus dieser Vereinbarung gewinne ich unmittelbar durch ihre Auslegung eine Schadensersatzpflicht des Schuldners dann, wenn er die Sache nachträglich schuldhaft zerstört. Haben die Parteien doch gewollt, der Schuldner solle sich *so* verhalten, daß er in der Lage bleibe, dem Gläubiger das Eigentum zu verschaffen, er solle ihm haften, wenn er sich nicht so verhalte. Hat doch der Schuldner seinen Willen nicht obligationsmäßig bestimmt. §§ 280, 276.

Aber wie, wenn sich herausstellt, daß der Schuldner z. Zt. des Vertragsschlusses nicht das genügende Geld oder den genügenden Kredit gehabt hat, dem Gläubiger die Sache zu verschaffen. Dann konnte der Schuldner seinen Willen zehnmal obligationsmäßig bestimmen, es konnte dem Gläubiger nichts nützen. Eine Verpflichtung zu Schadensersatz, also zu einem anderen Verhalten des Schuldners, als es die Parteien zunächst ins Auge faßten, kann sich nur aus einer als gewollt unterstellten Vertragspflicht *des Inhalts* ergeben: der Schuldner solle dem Gläubiger eine Geldzahlung machen, falls er infolge eines bei Vertragsschluß vorliegenden Umstandes zur Leistung außerstande sein werde, er solle den Gläubiger wirtschaftlich *so* stellen, wie er bei Leistungsfähigkeit des Schuldners stehen würde[1]). Das Bedürfnis einer solchen Unterstellung ergibt sich aus dem unter I Gesagten.

[1]) Es handelt sich um eine bedingte Verpflichtung zur Geldzahlung, Brecht nennt sie Haftung (S. 226).

Ihre Rechtfertigung für das Gebiet des anfänglichen Unvermögens ist die Aufgabe der folgenden Arbeit. Gelingt sie, so darf man die Unterstellung nicht als eine willkürliche Fiktion zurückweisen.

III. Während das Gesetz für die anfängliche objektive Unmöglichkeit und das nachträgliche Unvermögen sekundäre Vertragspflichten kennt[2]) (§§ 307; 279, 280), hat es für das anfängliche Unvermögen keinerlei Bestimmung getroffen.

Von dem auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrag sagt das Gesetz, er sei nichtig. Das bedeutet: Für den Fall des auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrages soll der Richter keinesfalls eine sekundäre Vertragspflicht des Inhalts unterstellen: der Schuldner solle den Gläubiger, falls die Leistung von Anfang an unmöglich war, so stellen, wie er bei Möglichkeit der Leistung stehen würde. Daß sich aus der primär von den Parteien getroffenen Vereinbarung, der Schuldner solle die unmögliche Leistung erbringen, für den Gläubiger nichts Vorteilhaftes ergibt, ist selbstverständlich. Mag der Schuldner sich auch obligationsmäßig verhalten, er wird die Leistung nicht erbringen, weil sie unmöglich ist. Insoweit entspricht der Satz: Impossibilium nulla obligatio — allerdings der vernünftigen Natur des Rechts. Übrigens können die Parteien vereinbaren, der Schuldner solle dem Gläubiger auf das Erfüllungsinteresse haften, falls die Leistung von Anfang an unmöglich sein sollte. Dann ist der Vertrag trotz § 306 „gültig". Man kann das folgendermaßen ausdrücken: Der § 306 ist eine widerlegliche Vermutung des Nichtvorliegens einer sekundären Vertragspflicht auf das Erfüllungsinteresse, widerleglich aber nur durch eine ausdrückliche oder aus den besonderen Umständen zu entnehmende Parteivereinbarung.

Jedoch ordnet § 307 an, der Richter solle bei Verschulden des Schuldners — daß auch der Gläubiger unter gleicher Voraussetzung auf das negative Interesse haftet, lassen wir außer Betracht, ebenso die Ausnahme des Abs. 1, S. 2 — eine sekundäre Vertragspflicht des Inhalts unterstellen: sollte z. Zt. des Vertragsschlusses ein verkehrsnotorischer[3]) Umstand gegeben sein, der es objektiv gewiß mache, daß der Schuldner zur Leistungszeit nicht werde leisten können, so solle der Schuldner den Gläubiger so stellen, wie er stehen würde, wenn er auf den Vertrag nicht eingegangen wäre[4]).

---

[2]) Die sich aus den §§ 280, 276, 275 Abs. 2 ergebenden Schadensersatzpflichten gehören nach dem oben Gesagten nicht hierher.

[3]) Diesen Begriff werden wir unten S. 19 ff. erläutern.

[4]) Somit ist der Anspruch des § 307 ein vertraglicher, in dem gleichen Sinne, wie z. B. der sich aus den §§ 279, 280, 275 Abs. 2 ergebende. So Otto Fischer, 1. Beitr. S. 65. Anders die herrschende Meinung: z. B. Enneccerus, § 253, 3a und Anm. 10; Titze, S. 225, obwohl er Bürgen und Pfänder des „Pseudovertrages" auch für den Anspruch aus § 307 haften läßt, vgl. Kisch, Krit. Viertelj.Schr. 44, S. 548.

Für den Fall des nachträglichen Unvermögens bestimmt das Gesetz (§§ 279, 280): der Richter solle eine Vertragspflicht des Inhalts unterstellen: wenn die finanzielle Leistungsmacht des Schuldners eine Einbuße erleiden, und er infolgedessen zur Leistung außerstande sein sollte, so werde der Schuldner den Gläubiger so stellen, wie er bei Leistungsfähigkeit des Schuldners stehen würde[5]).

Wie bereits erwähnt, fehlt eine diesen Bestimmungen entsprechende Vorschrift für das anfängliche Unvermögen. Was ist daraus zu entnehmen? Ist daraus zu folgern, eine sekundäre Vertragspflicht auf das Erfüllungsinteresse dürfe nicht unterstellt werden? Der Schuldner müsse frei sein? Oder können wir in den Fällen des anfänglichen Unvermögens eine sekundäre Vertragspflicht auf das Erfüllungsinteresse nach Analogie der §§ 279, 280[6]) oder eine solche auf das negative Interesse nach Analogie des § 307[7]) unterstellen? Oder können wir aus allgemeinen Erwägungen zur grundsätzlichen Annahme einer sekundären Vertragspflicht auf das Erfüllungsinteresse gelangen? Diese Fragen sind erst im zweiten Hauptabschnitt klarzustellen; vorher ist es notwendig, den Begriff des anfänglichen Unvermögens, an den wir eine der genannten Rechtsfolgen knüpfen wollen, herauszustellen.

---

[5]) Enneccerus, § 269 I 1; RGZ. 75, S. 337.
[6]) So Harff, S. 87 f. Ihm schließt sich Planck zu § 306, 3 c an.
[7]) Harff, S. 113.

B.

Der Begriff des anfänglichen Unvermögens.

Die Bestandteile des Begriffes sind:

I. Das Nichtleistenkönnen des Schuldners.

Der erste Bestandteil des anfänglichen Unvermögens ist Nichtleistenkönnen des Schuldners. Es ist das der Bestandteil, den Unvermögen und objektive Unmöglichkeit gemeinsam haben.

1. Der Inhalt der Leistungspflicht.

Der Frage, ob der Schuldner leisten kann oder nicht, hat die genaue Feststellung seiner Leistungspflicht voranzugehen[8]). Die Leistungspflicht des Schuldners ergibt sich in erster Linie aus der Parteivereinbarung, die nach § 157 auszulegen ist, und in zweiter Linie, sofern letzte in der Regelung des Rechtsverhältnisses, wie nach dem in der Einleitung Gesagten regelmäßig, Lücken läßt, aus einer sinngemäßen Fortentwicklung des Parteiwillens unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte (§ 242). Die Fortentwicklung des Parteiwillens ergibt die sekundären Leistungspflichten, die unter einer Bedingung, z. B. der Unmöglichkeit, stehen. In allen Fällen, mag es sich um eine primäre oder eine sekundäre Leistungspflicht handeln, ist das Ergebnis: Der Schuldner soll seinen Willen zu einem äußeren Verhalten bestimmen, einem Tun oder Unterlassen, vgl. § 241. Das ist der Gegenstand der Leistungspflicht. Ein bestimmtes äußeres Verhalten: Der Schuldner soll z. B. eine Sache herausgeben. Alles, was der Mensch tun und unterlassen kann, kommt hier in Betracht[9]). Das äußere Verhalten, das der Schuldner beobachten soll, ist weiter insofern näher bestimmt, als der Schuldner es mit einer bestimmten Kraftanstrengung, zu einer bestimmten Zeit und an einem bestimmten Ort zu erbringen hat.

Wenn diese Leistungsmomente — Gegenstand, Kraftanstrengung, Zeit und Ort der Leistung — bestimmt sein müssen, so heißt das aber

---

[8]) So Kleineidam, S. 14.

[9]) Die Frage des Nichtleistenkönnens bei einer Unterlassungspflicht macht keine größeren Schwierigkeiten, als die bei einer Pflicht zu einem Tun. Mag auch ein Unterlassen „an sich" immer möglich sein, so ist ein Nichtleistenkönnen bei einer Unterlassungspflicht durchaus denkbar, wenn der Begriff des Nichtleistenkönnens so gefaßt wird, wie wir es unten getan haben. Der Schuldner kann z. B. seiner Unterlassungspflicht nicht nachkommen, weil eine öffentliche Pflicht das verbotene Tun erheischt.

Vgl. Titze, S. 14 Anm. 28; Harff, S. 22.

natürlich nicht, daß dem Schuldner bei der Leistung gar keine Freiheit gelassen ist, daß das von ihm zu beobachtende Verhalten auch in nebensächlichen Punkten qualitativ genau festgelegt ist, daß er ferner nur mit einer genau festgesetzten Kraftanstrengung, nur zu einer der Sekunde nach berechneten Zeit und in einem eng begrenzten Raume zu leisten hat, vielmehr sind alle Leistungsmomente nur insoweit bestimmt als es den Interessen beider Parteien entspricht. Im übrigen — und das ist regelmäßig der Fall — ist in Ansehung sämtlicher Leistungsmomente nur ein Leistungs- bzw. Modalitätsraum gegeben, innerhalb dessen der Schuldner gleichsam nur einen Punkt zu erreichen hat[10]).

2. Die Findung des Unmöglichkeitsurteils.

Sind die Leistungsmomente klargestellt, hat es Sinn zu fragen, ob der Schuldner leisten kann oder nicht. Das Urteil, der Schuldner könne nicht leisten, braucht sich nicht auf der Feststellung, daß der Schuldner sämtliche Leistungsmomente nicht verwirklichen könne, zu gründen, vielmehr genügt es, wenn der Schuldner eines der Leistungsmomente nicht verwirklichen kann[10]). Ist letzteres der Fall, kann er nicht leisten; denn fehlt ein Leistungsmoment, so wird die Leistung zu einer anderen, zu einer nichtvertragsmäßigen. Und ob der Schuldner eine nichtvertragsmäßige Leistung erbringen kann, ist für das Rechtsverhältnis zu dem Gläubiger bedeutungslos. Diese Erkenntnis ist praktisch wertvoll. Sie ermöglicht dem Richter, zum Zwecke der Rechtfertigung des Unmöglichkeitsurteils[11]) sich mit der Feststellung der Nichtverwirklichung eines Leistungsmomentes zu begnügen. Im übrigen kann er dann dahingestellt sein lassen, ob sich auch die anderen Leistungsmomente nicht verwirklichen lassen. So hat das Reichsgericht in der Kriegs- und Nachkriegszeit häufig ausgesprochen: Da für beide Teile die den Gegenstand des Vertrages bildende Leistung durch die notwendig gewordene zeitliche Verschiebung nach Inhalt und wirtschaftlicher Bedeutung wesentlich verändert sei, habe die zeitliche Unmöglichkeit eine endgültige nach sich gezogen[12]). Indem das Reichsgericht mit diesem Satze aussprach, die Leistung könne vom Schuldner nicht mehr in der vertragsmäßigen Zeit erbracht werden, d. h. es könne das Zeitmoment nicht mehr verwirklicht werden, konnte es dahingestellt sein lassen, ob der Schuldner überhaupt noch bei Kriegsende mit Rücksicht auf seine wirtschaftlichen Verhältnisse das geschuldete Verhalten werde beobachten können, bzw. ob er das nur mit einer überobligations-

[10]) So lange der Schuldner einen Punkt in dem Leistungs- oder Modalitätsraum erreicht, verwirklicht er also das fragliche Leistungsmoment. Harff, S. 14.

[11]) „Unmöglichkeit" ist hier und auch sonst häufig im Sinne des subjektive (Unvermögen) und objektive Unmöglichkeit umfassenden Oberbegriffes zu verstehen.

[12]) Hier handelt es sich um nachträgliche Unmöglichkeit. RGZ. 88, S. 74; 90, S. 104; 92, S. 88 u. a.

mäßigen Kraftanstrengung werde tun können, Fragen also dahingestellt sein lassen, die es erst bei Kriegsende hätte entscheiden können[13]). Die Unmöglichkeit im Zeitmoment gab ihm das konstruktive Mittel in die Hand, dem Bedürfnis zu sofortiger Klärung des Rechtsverhältnisses Rechnung zu tragen.

3. Das System der Unmöglichkeitsgründe.

Das Urteil, der Schuldner könne nicht leisten, kann sich gründen[14])

a) auf die Feststellung, der Schuldner könne die Leistung ihrem Gegenstande nach, von ihren Modalitäten Kraftanstrengung, Zeit und Ort ganz abgesehen, nicht erbringen. Diese Feststellung kann auf mannigfachen Gründen beruhen:

aa) Die vom Schuldner geforderte Leistung ist kraft logischen Denkens unmöglich. Die Unmöglichkeit der hier ins Auge gefaßten Fälle ist die viel zitierte Hartmannsche Notwendigkeit des Nichtgeschehens[15]). Hierher gehört das „hippocentaurum dari", das „caelum ascendere". Diese Fälle kommen für unsere Untersuchung nicht in Frage, weil es sich bei ihnen stets um objektive Unmöglichkeit handelt.

bb) Der Schuldner kann die Leistung ihrem Gegenstande nach nicht erbringen, weil ihm die Beziehung zu diesem fehlt. Das trifft z. B. zu, wenn dem Schuldner eine Eigenschaft fehlt, die man zu erlernen pflegt. Dem Dienstmädchen, das sich ohne Ahnung von der Kochkunst als Köchin verpflichtet, mangelt die Beziehung zum Gegenstand des Vertrages, zu den in Kochen bestehenden Dienstleistungen. Ebenso, wenn sich jemand zu der Arbeit eines Kunstmalers verpflichtet, ohne von Kunstmalerei etwas zu verstehen. Der Fall des Nichtleistenkönnens beim Verkauf einer fremden Sache gehört dann hierher, wenn der Verkäufer ausnahmsweise[16]) nicht verschaffungspflichtig ist; dann mangelt dem Schuldner die rechtliche Beziehung zur verkauften Sache, das Eigentum, er ist leistungsunfähig, gleichgültig, ob er zur Verschaffung imstande ist oder nicht[17]).

cc) Die Erfüllung kann an dem Verhalten eines Dritten scheitern. So beim Verkauf einer fremden Sache, wenn der Dritte die Abgabe der Sache weigert oder für den Schuldner nicht erreichbar ist.

Für die Frage des Nichtleistenkönnens ist allgemein von großer Bedeutung, ob ein Dritter leisten kann. Ist letzteres der Fall, so hat

---

[13]) Dazu Krückmann, S. 89 unten.

[14]) Die nachfolgenden Unterscheidungen dienen nur zur Veranschaulichung der Fälle des Nichtleistenkönnens, verschiedene Rechtsfolgen werden an sie nicht geknüpft.

[15]) Hartmann, S. 172.

[16]) In der Regel ist die Verschaffungspflicht des Verkäufers anzunehmen. Z. B. Harff, S. 13; Siber, Dogm. J. 50, S. 270 unten.

[17]) Kleineidam, S. 17.

ihn der Schuldner zur Mitwirkung heranzuziehen, es sei denn, daß es sich um eine sogenannte höchst persönliche Leistungspflicht handelt[18]). Erst wenn ihm das nicht gelingt, sei es, weil ihm die Geldmittel fehlen, sei es, weil der Dritte sich erfüllungshindernd verhält, ist das Unmöglichkeitsurteil gerechtfertigt[19]). Aus den Ausführungen Krückmanns[20]) erhellt gleichfalls, daß das Leistenkönnen eines Dritten für die Frage des schuldnerischen Nichtleistenkönnens bedeutsam ist. Krückmann selbst will allerdings nicht darauf hinaus. Er sagt, wenn es wahrscheinlich sei, daß der Schuldner infolge der Mitwirkung eines Dritten plötzlich leistungsfähig werde, dann habe der Richter nicht objektive Unmöglichkeit, sondern Unvermögen anzunehmen. Aber unserer Auffassung nach indiziert diese Wahrscheinlichkeit das Leistenkönnen des Schuldners und führt zur Verneinung des Unmöglichkeitsurteils, d. h. zu der Annahme, daß der Schuldner leisten kann, also weder objektive Unmöglichkeit noch Unvermögen vorliegt. Der Fehler Krückmanns ist also der, daß er jene das Leistenkönnen indizierende Wahrscheinlichkeit, daß der Schuldner leistungsfähig sein werde, zum Begriffsmerkmal des Unvermögens macht, zu d e m Begriffsmerkmal, das dieses von der objektiven Unmöglichkeit unterscheidet. Damit rückt er den Begriff des Unvermögens aus dem Gebiet des schuldnerischen Nichtleistenkönnens heraus, auf dem die Rechtsfolge der Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung allein einen Sinn hat.

dd) Wenn keiner der drei vorher (aa) — cc)) erörterten Fälle — der Unmöglichkeit der Leistung ihrem Gegenstande nach — vorliegt, so ist immer noch zu prüfen, ob nicht das vertragswidrige Verhalten des Schuldners das angemessene Mittel bei der Verfolgung eines staatlich anerkannten Interesses ist. Auch dann ist das auf Nichtleistenkönnen gehende Urteil gerechtfertigt. Solche staatlich anerkannten Interessen sind mannigfacher Art. Wir zählen einige beispielsweise auf:

Erstens das öffentliche Interesse. Z. B. das in der öffentlich-rechtlichen Pflicht eines Beamten zum Ausdruck kommende öffentliche Interesse. Kann ein Beamter einer solchen Pflicht nur unter Verletzung einer privatrechtlichen nachkommen, so ist die Erfüllung der privatrechtlichen als unmöglich zu betrachten[21]). Auch der Staat kann sich als Rechtspersönlichkeit des Privatrechts auf Nichtleistenkönnen berufen, wenn er seiner Verpflichtung nur unter Hintansetzung des von ihm wahrzunehmenden öffentlichen Interesses zu genügen vermag. Der Eisenbahnfiskus, der einer Kommune gegenüber zum Haltenlassen be-

---

[18]) Dabei begreifen wir unter diese Ausnahme auch den Fall des Verkaufs einer fremden Sache ohne Verschaffungspflicht, siehe oben unter bb) am Ende.

[19]) Vgl. Krückmann, S. 56.

[20]) Krückmann, S. 57.

[21]) v. Tuhr, S. 15.

stimmter Züge auf ihrem Bahnhof verpflichtet ist[22]), kann der Verpflichtung nicht nachkommen, wenn höher stehende Verkehrsinteressen der Erfüllung entgegenstehen[23]).

Zweitens: Das in einer sittlichen Pflicht zum Ausdruck kommende Interesse des einzelnen an seiner Familie. Daß ein solches Interesse staatlich anerkannt ist, ergibt sich aus Art. 119 der R.Verf. Um zwei von Titze (S. 3) gebrachte Beispiele zu wiederholen: Der Sänger, der am Abend des Gastspiels an das Totenbett seiner Mutter gerufen wird oder zum Leichenbegängnis seines Vaters fahren muß, der Pflicht aus dem Gastspielsvertrag also nur unter Unterdrückung seiner Kindesliebe nachzukommen vermag, kann sich auf Unmöglichkeit der Leistung berufen. Denn das Nichterfüllen der Pflicht aus dem Gastspielsvertrag ist das angemessene Mittel zur Verfolgung des familiären Interesses. Ebenso der Dienstverpflichtete, der sein schwererkranktes Kind nicht allein zu Hause lassen kann.

Drittens: Das staatlich anerkannte Interesse des einzelnen an der Erhaltung seiner physischen Existenz. Der Arbeiter, der sich trotz Lungenleidens zu einer Arbeit verpflichtet, die ihn gesundheitlich ruinieren muß, kann sich auf Nichtleistenkönnen berufen. Dieses Beispiel gehört nicht etwa unter b) (unten): Die geschuldete Kraftanstrengung kann der Arbeiter sehr wohl erbringen, aber sie wird ihn physisch ruinieren.

Viertens: Das staatlich anerkannte Interesse des einzelnen an der Erhaltung seiner wirtschaftlichen Existenz. Kann der Schuldner seiner Verpflichtung nur unter schwerer Gefährdung seiner wirtschaftlichen Existenz nachkommen, so ist das Urteil auf Nichtleistenkönnen gerechtfertigt. Hierher gehört der Fall des Verkaufs einer fremden Sache dann, wenn der Dritte die Sache nur gegen ein unerschwingliches Entgelt herzugeben bereit ist, und der Verkäufer zwar das entsprechende Geld oder den entsprechenden Kredit hat, aber die Aufbringung von Geld oder Kredit seine wirtschaftliche Existenz gefährdet. Dabei denken wir uns das Verschaffen schlechthin, also auch gegen ein unmäßiges Entgelt, und nicht das Verschaffen gegen ein mehr oder weniger bestimmtes Entgelt unter Ausschluß eines unmäßigen als geschuldet. Nur unter dieser Voraussetzung gehört der Fall des Verkaufs einer fremden Sache hierher, andernfalls fiele er unter den Unmöglichkeitsgrund unter aa) (oben: logische Unmöglichkeit) [24]) [25]).

---

[22]) Daß diese Verpflichtung in diesem Falle eine privatrechtliche ist, wird hier ebenso angenommen, wie in der nachzitierten RG.-Entscheidung.

[23]) RGZ. 32, S. 133, das Reichsgericht hat keine Unmöglichkeit angenommen. Titze, S. 4.

[24]) Vgl. dazu Kleineidam in Dog. J. 43, S. 111, 112.

[25]) Übrigens verstoßen Geschäfte, die zu Leistungen der unter drittens und viertens gedachten Art verpflichten, unter Umständen gegen die guten Sitten (§ 138), vgl. v. Tuhr, S. 25.

Dagegen gehört nicht hierher das Interesse, das beim zweimaligen Verkauf ein und derselben Sache der erste Käufer daran hat, daß der Verkäufer den zweiten Vertrag nicht erfüllt. Allerdings ist dieses Interesse ein staatlich anerkanntes, aber die Nichterfüllung des zweiten Kaufvertrages ist nicht das angemessene Mittel bei seiner Verfolgung. Nichtleistenkönnen des Verkäufers liegt hier überhaupt nicht vor. Die entgegengesetzte Meinung[26]) führt zu einem unpraktischen Ergebnis. Eine Prozeßlage, in der der Verkäufer selbst sein Nichtleistenkönnen geltend macht, ist gar nicht denkbar. Wenn der zweite Käufer gegen ihn auf Leistung klagt, so ergeht Urteil auf diese, auch wenn der Verkäufer sein Nichtleistenkönnen geltend macht, da es sich um Unvermögen und nicht um objektive Unmöglichkeit handelt. Das auf dem ersten Kaufabschluß beruhende Nichtleistenkönnen des Verkäufers könnte nur vom zweiten Käufer geltend gemacht werden, wenn dieser anstatt auf Leistung unmittelbar auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung klagt. Der zweite Käufer würde bereits mit dieser Klage durchdringen, wenn er darlegt, der Verkäufer habe die Sache vorher schon einmal an einen anderen verkauft. Das wäre ein unpraktisches Ergebnis, wie sich aus einem Vergleich mit dem Fall des Verkaufs einer fremden Sache ergibt. In diesem Falle muß der Käufer, der unmittelbar auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung klagt, geltend machen, daß die Leistung unmöglich sei, da der Dritte sich weigere, die Sache abzugeben. Wenn dagegen jemand eine Sache zweimal hintereinander verkauft, und während er noch im Besitze der Sache ist, der zweite Käufer auf Schadensersatz klagt, so soll dieser nur darzulegen brauchen, daß der Beklagte die Sache schon einmal verkauft habe, also auch nicht einmal, daß der erste Käufer auf die Erfüllung des Vertrages nicht verzichte?

Die Seemannsordnung[27]) bestimmt ausnahmsweise, daß von zwei nacheinander geschlossenen Heuerverträgen der zuerst geschlossene vorgehen soll. Das bedeutet für den zweiten Dienstberechtigten die Möglichkeit, wenn er den Abschluß des ersten Vertrages geltend macht, mit der Klage unmittelbar auf Schadensersatz durchzudringen[28]).

b) Das Unmöglichkeitsurteil kann sich auf die Feststellung gründen, daß der Schuldner nicht die geschuldete Kraftanstrengung erbringen könne. Ein Nichtleistenkönnen der hier gedachten Art haben wir z. B. beim Verkauf einer fremden Sache, wenn der Verkäufer nicht den Geldbetrag hat, für den der Dritte die Sache herzugeben bereit ist, (und

---

[26]) Sie wird von Harff, S. 21, vertreten, auf ihre praktischen Konsequenzen geht er nicht ein; vgl. v. Tuhr, S. 15.

[27]) § 30.

[28]) § 30 Seem.O. hat also nicht nur den Sinn, daß das Seemannsamt die Anmusterung auf Grund des jüngeren Vertrages abzulehnen hat, wenn es von dem Bestehen des für dieselbe Zeit abgeschlossenen älteren Vertrages erfahren hat. Das allein nimmt M. Pappenheim, Handb. des Seerechts, Bd. 2 1906, S. 444, an.

dessen Aufwendung der Verkäufer schuldet; vgl. oben a) dd) unter viertens).

c) Drittens kann die Erfüllung daran scheitern, daß sie sich in Ansehung des Zeitmomentes nicht verwirklichen läßt. Eine Leistung ohne einen zu ihrer Erbringung bestimmten Zeitraum ist undenkbar, mag dieser Leistungszeitraum nun unmittelbar mit Vertragsschluß[29]) oder mehr oder weniger spät nach ihm zu laufen beginnen, mag er, wie in der Regel, ziemlich lang[30]), mag er, wie bei absoluten Fixgeschäften, ganz kurz bemessen sein. Die Frage nach dem Nichtleistenkönnen des Schuldners ist also jetzt dahin zu fassen, ob der Schuldner in der vertragsmäßigen Zeit leistungsunfähig ist. Kann er in der vertragsmäßigen Zeit leisten — es ist nicht notwendig, daß er gerade in dem von den Parteien sehr häufig genau festgesetzten Zeitpunkt, mit dem der Leistungszeitraum zu laufen beginnt, also bei Fälligkeit leisten kann[31]) — so ist es gleichgültig, ob er zu anderer Zeit, z. B. bei Vertragsschluß, nicht leisten konnte[32]), denn die Leistung bei Vertragsschluß ist keine vertragsmäßige Leistung, und ob der Schuldner eine nichtvertragsmäßige Leistung nicht erbringen kann, ist für seine Verbindlichkeit ohne Bedeutung.

d) Viertens kann das Nichtleistenkönnen darauf beruhen, daß der Schuldner die Leistung nicht an dem vertragsmäßigen Ort erbringen kann. Verkauft ein deutscher Landwirt Rinder nach Rußland, und besteht für Rinder ein Ausfuhrverbot, so ist dem Landwirt die Leistung unmöglich, weil er die Rinder nicht am vertragsmäßigen Orte, d. h. in Rußland, liefern kann.

II. Der Unmöglichkeitsgrund ist nicht verkehrsnotorisch.

„Wie in der Kunst nur das Einfache wahr und schön, so ist in der Rechtswissenschaft auch nur das Einfache wahr und gerecht."
Krückmann.

1. In der Literatur wird vielfach behauptet, die soeben verteidigte Auffassung des Begriffes des Nichtleistenkönnens führe zur Verwischung der Grenzlinie zwischen objektiver Unmöglichkeit und Unvermögen. Das trifft indessen nicht zu, wenn wir die Unterscheidung zwischen objektiver Unmöglichkeit und Unvermögen so fassen, daß sie

[29]) Krückmann zeigt S. 112/113, daß er unmittelbar an den Vertragsschluß eigentlich niemals anzuknüpfen ist, da sich stets zwischen Vertragsschluß und Erfüllungshandlung, wenn auch ganz unbedeutende, Vorbereitungshandlungen einschieben.

[30]) Eine Veränderung der Konjunktur hat eine Beendigung des Leistungszeitraumes zur Folge. Das ist der z. B. den oben S. 13 Anm. 12 zitierten Reichsgerichtsentscheidungen zugrunde liegende Gedanke. Vgl. Krückmann, S. 76 ff., insbesondere das Beispiel auf S. 77; auch Harff verweist S. 14 auf die Bedeutung einer Konjunkturveränderung.

[31]) Das Nichtleistenkönnen bei Fälligkeit begründet übrigens auch keine teilweise Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit. Krückmann, S. 168 f.; Harff, S. 15; dagegen die bei Harff, S. 15, zitierten Schriftsteller.

[32]) Anders Titze, S. 53 und S. 212.

dem Sinn der an die beiden Begriffe geknüpften verschiedenen Rechtsfolgen entspricht. Mit dieser Unterscheidung kommen wir zum zweiten Bestandteil des anfänglichen Unvermögens. Wir bestimmen ihn zunächst nur negativ. Anfängliches Unvermögen liegt dann vor, wenn der Umstand, demzufolge das oben besprochene Unmöglichkeitsurteil gerechtfertigt ist, nicht im Verkehr notorisch ist. Andernfalls haben wir es mit objektiver Unmöglichkeit zu tun.

a) Was bedeutet verkehrsnotorisch?

aa) Die Bedeutung verschiedener Verkehrskreise in diesem Begriff.

Bei der Anwendung dieses Begriffs ist zu berücksichtigen, daß es verschiedene Verkehrskreise gibt. In erster Linie den Verkehr aller (deutscher) Rechtsgenossen, in ihm steht jeder (Deutsche), nennen wir ihn den allgemeinen Rechtsverkehr. Ist der das Nichtleistenkönnen begründende Umstand in ihm notorisch, so ist gem. § 306 objektive Unmöglichkeit der Leistung und Nichtigkeit des Vertrages anzunehmen.

Die Anwendbarkeit des § 306 erfährt aber eine Ausdehnung dadurch, daß es neben dem allgemeinen Rechtsverkehr mannigfache besondere Verkehrskreise gibt.

Erstens lokal besondere Verkehrskreise. Ein solcher gewinnt in folgendem Beispiel Bedeutung: In einem Dorfe X. verkauft der eine Dorfeinwohner dem anderen seine Möbeleinrichtung, am Tage vorher ist das Haus des Verkäufers abgebrannt. Hier ist der Vertrag nach § 306 nichtig. Bei der Anwendung des Begriffes „verkehrsnotorisch" ist nicht zu fragen, was im allgemeinen Rechtsverkehr notorisch ist, sondern man muß fragen, was ist in dem lokalen Verkehr dieses Dorfes X. als notorisch zu werten. In ihm ist der das Nichtleistenkönnen des Verkäufers begründende Umstand, der Brand seines Hauses, als notorisch anzusehen. Oder nehmen wir an, die Unmöglichkeit der Leistung beruhe auf einer landesrechtlichen Gesetzesbestimmung (rechtliches Nichtleistenkönnen). Bei der Frage, ob die landesrechtliche Vorschrift als verkehrsnotorisch zu werten, und darum der § 306 anzuwenden ist[33]), kommt es auf die Notorietät im Rechtsverkehr des betreffenden Landes an.

Zweitens gibt es personell besondere Verkehrskreise[34]). In einem solchen stehen nicht alle Rechtsgenossen, sondern nur eine bestimmte Berufsgruppe von ihnen. Hierher gehört etwa der Verkehr an der Börse, der Verkehr auf dem Baumarkt, der Verkehr der Vollkaufleute untereinander, z. B. im Buch- und Kunsthandel.

Nur ein *solcher* Verkehrskreis ist für die Anwendung unseres Begriffes bedeutsam, in dem beide Kontrahenten stehen, ein besonderer (lokaler oder personeller) also *nur*, wenn beide Kontrahenten in ihm stehen, der allgemeine stets.

[33]) Die Frage ist zu bejahen, siehe unten unter bb.
[34]) Einzelne Beispiele siehe weiter unten.

Wenn jemand durch einen Vertreter abschließt, so kommt es nach Analogie des § 166 Abs. 1 darauf an, in welchen Verkehrskreisen der Vertreter, und nicht, in welchem der Vertretene steht. Wer sich eines Vertreters bedient, macht sich dessen Position in einem lokal oder personell besonderen Verkehrskreise zunutze. Auch der § 166 Abs. 2 ist analog anwendbar, wenn das Nichtleistenkönnen auf einem Umstand beruht, der in einem besonderen Verkehrskreise notorisch ist, und diesem der Vertretene und die andere Partei angehören, während der Vertreter außerhalb dieses Verkehrskreises steht. In diesem Falle ist der § 166 Abs. 2 unter der Voraussetzung analog anwendbar, daß der Vertreter beim Abschluß nach Weisungen des Vertretenen gehandelt hat, die ihn zwangen, den Vertrag auf die verkehrsnotorisch unmögliche Leistung zu richten. Die analoge Anwendung des § 166 rechtfertigt sich aus der Repräsentationstheorie der Stellvertretungslehre.

Zwei Beispiele mögen das bis hierher Gesagte veranschaulichen. Zunächst: Ein Beispiel, in dem der besondere Verkehrskreis des Baumarktes zum Zuge kommt. Ein Architekt G. verpflichtet sich dem A., einen Bau für nicht über 80 000 *RM* aufzuführen. Wir nehmen nun an, daß die Verhältnisse auf dem Baumarkt solche waren, daß bereits zur Zeit des Abschlusses die Unmöglichkeit feststand, den Bau für nicht über 80 000 *RM* aufzuführen, und nehmen weiter an, daß ebenfalls mit Rücksicht auf die Bauverhältnisse diese Unmöglichkeit als auf dem Baumarkt notorisch zu werten ist. Gleichzeitig vereinbaren A. und G., daß dieser den Bauauftrag weiter begeben dürfe. G. hat in der Tat den Auftrag an den Architekten H. weitergegeben. Was die Verpflichtung des G. gegenüber A. betrifft, so liegt anfängliches Unvermögen vor, der G. haftet dem A. also auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Denn nur G., und nicht A., befindet sich im Verkehrskreis des Baumarktes, und der hier in Frage kommende Unmöglichkeitsgrund ist nicht als im allgemeinen Rechtsverkehr notorisch zu werten. Der Vertrag zwischen A. und H., — diesen haben wir dann, wenn G. gegenüber H. im Namen des A. gehandelt hat — oder der Vertrag zwischen G. und H. — diesen haben wir, wenn G. in eigenem Namen gehandelt hat — ist nichtig. G., sei es, daß er als Vertreter des A. gehandelt hat und § 166 Abs. 1 analog anzuwenden ist, sei es daß er im eigenen Namen gehandelt hat, und H. stehen beide als Architekten im Verkehrskreise des Baumarktes. In diesem Falle liegt also objektive Unmöglichkeit vor, da das Nichtleistenkönnen des H. auf einem in diesem Verkehrskreise notorischen Umstand beruht.

Ein anderes Beispiel aus dem besonderen Verkehrskreise des Kunsthandels. Der A. kauft von einem Kunsthändler B. einen berühmten Rubens, der vor einiger Zeit in einer bekannten Kunstsammlung verbrannt ist. Der Kunsthändler B. will den Rubens von dem Kunsthändler C. erwerben, der angegeben hat, er könne diesen Rubens beschaffen. Nehmen wir an, daß wir den das Nichtleistenkönnen des B.

bzw. C. begründenden Umstand, den Brand in der Kunstsammlung als im Kunsthandel notorisch werten können, so haftet der B. dem A. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, der Vertrag zwischen B. und C. dagegen, die beide als Kunsthändler in dem Verkehrskreise des Kunsthandels stehen, ist nichtig.

bb) Was bedeutet notorisch?

Der verkehrsnotorische Unmöglichkeitsgrund steht der Erkenntnis aller sich im Rechtsverkehr betätigender Rechtsgenossen bzw. aller sich in einem besonderen Verkehrskreise betätigender Personen gleichermaßen offen, er liegt im Erkenntnisbereich der Allgemeinheit. Die in seiner Folge unmögliche Leistung pflegt man deshalb auch nicht im Verkehr zu versprechen.

Beispiele: Der Kaufvertrag über eine nicht existierende Sache ist in aller Regel auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichtet[35]), in aller Regel ist der das Nichtleistenkönnen begründende Umstand, z. B. ein Brand, hier nicht verkehrsnotorisch, anders in den Beispielen oben[36]). Ebenso liegt der Fall des Verkaufs einer nicht existierenden Forderung. Der das Nichtleistenkönnen begründende Umstand ist hier das Nichtbestehen einer rechtlichen Beziehung des Verkäufergläubigers zum Drittschuldner. In aller Regel wird das Nichtbestehen einer solchen Beziehung nicht verkehrsnotorisch sein, wird es sich somit um Unvermögen handeln. Nur diese Regelfälle trifft der § 437. Wenn z. B. jemand eine Forderung, deren Abtretbarkeit durch Abrede mit dem Drittschuldner ausgeschlossen ist, verkauft (und der Schuldner einfürallemal erklärt hat, er werde sich auf keine Änderung der Abrede einlassen), so liegt Unvermögen vor. Die Abrede mit dem Schuldner ist nicht verkehrsnotorisch. Es gibt aber Fälle, in denen der Umstand, auf dem die Nichtexistenz der Forderung beruht, verkehrsnotorisch ist. So in allen Fällen, in denen die verkaufte Forderung nach § 306 nichtig ist. Denn der Umstand, auf dem in diesen Fällen die Nichtigkeit der Forderung beruht, ist ja gerade nach unserer Definition des Begriffes der objektiven Unmöglichkeit verkehrsnotorisch. Wenn jemand trotz eines Einfuhrverbotes holländische Rinder kauft und die Forderung auf die Lieferung derselben weiter verkauft, so ist der Vertrag über die Forderung auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet[37]).

Da die Erkenntnis des Rechts allen Rechtsgenossen gleichmäßig offensteht, sind Rechtsvorschriften als verkehrsnotorisch zu werten. Ein

---

[35]) In Theorie und Praxis nimmt man beim Verkauf einer nicht existierenden Sache objektive Unmöglichkeit an.

[36]) Unter aa S. 19 und S. 20 a. E.

[37]) Wie hier angegeben, behandelt das RG. den Fall des Verkaufs einer nicht existierenden Forderung. Vgl. z. B. RGZ. 68, S. 293. In dieser Entscheidung wird ausgeführt, daß § 437 der evtl. Anwendung des § 306 nicht entgegensteht. Wie das RG. bereits Ihering, Dog. J. Bd. 4, S. 70; Titze, S. 65, siehe auch S. 269 oben.

deutscher Händler verkauft Rinder nach Rußland und kann seiner Verpflichtung infolge Ausfuhrverbots nicht nachkommen. Der russische Käufer ist in den deutschen Rechtsverkehr eingetreten[38]). In ihm ist der Umstand, der das Nichtleistenkönnen des Verkäufers zur Folge hat, das Ausfuhrverbot notorisch. Daher objektive Unmöglichkeit der Leistung, und zwar nicht nur für den Gläubiger, sondern natürlich auch für den Schuldner. Kauft der Händler in Österreich Rinder, um sie von dort nach Rußland zu liefern, so kann der russische Käufer die Abnahme weigern, indem er sich auf die Nichtigkeit des Vertrages beruft. Ein Bedürfnis, den Händler zu schützen, besteht nicht[39]). Oder die in Anm. 37 zitierte R.G.-Entscheidung: Es ist ein Gebrauchsmuster verkauft, das den Bestimmungen des § 1 Gebr.Must.Ges. nicht entspricht, so daß es nicht durch ein Recht im Sinne des § 4 Gebr.Must.Ges. geschützt wird. Der Kaufvertrag ist nichtig. Der Umstand, der die Unmöglichkeit begründete, durch Veräußerung des Gebrauchsmusters dem Käufer ein Recht im Sinne des § 4 Gebr.Must.Ges. zu verschaffen, ist als verkehrsnotorisch zu werten. Oder wenn sich die zum Zwecke des Schankbetriebes vermieteten Räume nicht so einrichten lassen, wie es die polizeilichen Anforderungen verlangen[40]), so sind diese, die den Unmöglichkeitsgrund ausmachen, verkehrsnotorisch.

Die Bedeutung unserer Formel zur Unterscheidung von objektiver Unmöglichkeit und Unvermögen läßt sich gut an dem Verkauf einer zum öffentlichen Gebrauch bestimmten Sache veranschaulichen. Nehmen wir folgenden Fall: Ein Fremdenführer verkauft einem Amerikaner das altertümliche Rathaus einer Stadtgemeinde. Es handelt sich um den Verkauf einer fremden Sache. Der Verkäufer ist verschaffungspflichtig; doch muß sein Bemühen um den Erwerb des verkauften Gebäudes mit Rücksicht auf dessen Bestimmung zum städtischen Rathaus von vornherein aussichtslos sein[41]). Es liegt also anfängliches Nichtleistenkönnen vor. Der das Nichtleistenkönnen begründende Umstand (die Bestimmung des verkauften Gebäudes zum städtischen Rathaus) ist verkehrsnotorisch, also objektive Unmöglichkeit. Der Kauf ist nach § 306 nichtig. Das ist auch ein billiges Ergebnis: Niemand steht dafür ein, das von ihm verkaufte Gebäude sei nicht zum städtischen Rathaus bestimmt.

---

[38]) Er schließt z. B. durch einen Vertreter in Deutschland ab.

[39]) A. M. Harff, S. 33; vgl. Krug, S. 15.

[40]) R. G. Warneyer 08 Nr. 26.

[41]) Um den Vergleich zu den Regelfällen des Verkaufs einer fremden Sache zu ziehen: dem mit der Bestimmung des Gebäudes zum städtischen Rathaus gegebenen Erfüllungshindernis entspricht in den Regelfällen etwa die Weigerung des Dritteigentümers, die verkaufte Sache abzugeben. Den Gesichtspunkt der Unentbehrlichkeit des Rathauses für die Kommune zieht Titze (S. 63) erst bei der Frage, ob objektive Unmöglichkeit oder Unvermögen, heran; nach unserer Formel zu Unrecht.

Allgemeine Regeln, wann das die Erfüllung hindernde öffentliche Interesse verkehrsnotorisch ist, wann nicht, lassen sich nicht aufstellen. Immer sind die Umstände des Einzelfalles maßgebend. Man vergleiche nur folgende beiden Fälle. Einmal verkauft eine Privatperson einen viel benutzten Anlagenplatz einer Großstadt. Die zuständige Behörde wird mit Rücksicht auf die Erhaltung der Volksgesundheit die Freigabe dieses Platzes ablehnen. Der das Nichtleistenkönnen begründende Umstand, das öffentliche Interesse an der Erhaltung des Anlagenplatzes, ist als verkehrsnotorisch zu erachten. Das andere Mal wird ein kaum benutzter öffentlicher Anlagenplatz (wieder von einer Privatperson) verkauft. Wenn nun die zuständige Behörde auch in diesem Falle aus Erwägungen öffentlichen Interesses die Freigabe des Platzes ablehnt, und damit ein schuldnerisches Nichtleistenkönnen begründet wird, so ist Unvermögen anzunehmen: das für die Behörde maßgebende öffentliche Interesse ist nicht derart hervorgetreten, daß wir es als verkehrsnotorisch werten können. In beiden Fällen kommen wir mit unserer Formel zu einem billigen Ergebnis.

Schließlich sei noch der vom Reichsgericht[42]) entschiedene Fall erwähnt. Das Reichsgericht hatte Unvermögen angenommen und war zu einem wünschenswerten Ergebnis gelangt[43]). Das verkaufte Grundstück war mit einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines Landgerichtsgebäudes belastet: dem Landgerichtsgebäude sollte Luft und Licht gesichert werden. Dem Justizfiskus, als Inhaber der Grunddienstbarkeit, war es mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse unmöglich, die Ablösung der Grunddienstbarkeit zuzulassen. Ein schuldnerisches Nichtleistenkönnen war somit gegeben[44]). Da der Unmöglichkeitsgrund, das durch die Grunddienstbarkeit gesicherte Interesse des Staates an den Einrichtungen der Rechtspflege, nicht hinreichend hervortrat, um als allgemein erkenntlich bezeichnet werden zu können, war Unvermögen anzunehmen. Daran wird auch durch die Eintragung des Staates als Berechtigten im Grundbuch nichts geändert. Man darf nämlich nicht argumentieren, mit dem Grundbucheintrag sei doch auch das öffentliche Interesse für die Allgemeinheit ersichtlich geworden. Man vergleiche den Fall des Verkaufs einer fremden Sache, ausnahmsweise ohne Verschaffungspflicht: Der Dritte besitzt die ihm gehörige Sache. Trotzdem ist der das Nichtleistenkönnen des Verkäufers begründende Umstand (das Eigentum des Dritten) nicht verkehrsnotorisch. Das Buchrecht und der Besitz, vollends die Tatsache, daß dieser mit Eigentümerwillen ausgeübt wird, sind im Sinne unserer Begriffsbestimmung nicht verkehrsnotorisch.

---

[42]) RGZ. 69 S. 356.

[43]) Zu Unrecht nimmt Harff, S. 41, objektive Unmöglichkeit an.

[44]) Dieses folgte übrigens nicht schon aus dem bloßen Bestand der Grunddienstbarkeit. Denn es war eine Pflicht des Verkäufers, sich um die Ablösung der Grunddienstbarkeit zu bemühen, anzunehmen, nach § 434.

cc) Das Wissen oder Wissenmüssen der Verkehrsgenossen von einem verkehrsnotorischen Unmöglichkeitsgrund als begriffliches Merkmal des § 307.

Aus dieser Bestimmung ergeben sich theoretisch Fälle, in denen eine Partei von einem verkehrsnotorischen Unmöglichkeitsgrund ohne Verschulden nicht weiß. Solche Fälle kommen in der Tat vor. Die Frage nach der Verkehrsnotorietät eines Unmöglichkeitsgrundes ist nicht identisch mit der nach dem Wissen oder Wissenmüssen der Parteien von ihm. Allerdings ist das Wissen oder Wissenmüssen dann, wenn der Unmöglichkeitsgrund n i c h t verkehrsnotorisch ist, bedeutungslos.

Ob ein Verkehrsgenosse von einem verkehrsnotorischen Unmöglichkeitsgrund weiß oder wissen muß, hängt ganz von den besonderen Verhältnissen ab, in denen gerade e r lebt. Die ganze Mannigfaltigkeit des Verkehrslebens, die zur Folge hat, daß die einzelnen Rechtsgenossen in ganz verschiedenen Verhältnissen leben, ist hierbei zu bedenken. Daß z. B. jeder Rechtsgenosse von dem gegen die Ausfuhr von Rindern nach Rußland bestehenden Verbot oder von dem Einfuhrverbot für holländisches Vieh wissen muß, wird niemand behaupten wollen. Das hängt ganz von den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles ab. Etwa davon, ob der Landwirt oder die landwirtschaftliche Verkaufsgenossenschaft oder der Händler, die trotz des Verbotes nach Rußland verkaufen, schon länger anhaltende Geschäftsbeziehungen nach Rußland haben, so daß sie über die Ein- und Ausfuhrverhältnisse, insbesondere über das Ausfuhrverbot für Rinder unterrichtet sind oder sein müssen. Es hängt etwa davon ab, in welcher Gegend, in einer Grenzgegend oder in einer im allgemeinen nicht nach Rußland ausführenden Gegend, der Landwirt wohnt. Oder ob er Mitglied eines Verbandes ist, der seine Mitglieder durch ein periodisches Nachrichtenblatt über die Ein- und Ausfuhrverhältnisse auch nach Rußland unterrichtet.

Ein Wissenmüssen einer Partei von einem verkehrsnotorischen Unmöglichkeitsgrund kann auch aus einer Berufspflicht oder aus den besonderen lokalen Verhältnissen, in denen die Partei lebt, zu folgern sein. Daraus ergibt sich: Ist ein Unmöglichkeitsgrund in einem lokal oder personell besonderen Verkehrskreis notorisch, und kommt dieser besondere Verkehrskreis im Begriffe „verkehrsnotorisch" (d. h. nach § 306) zur Anwendung, weil beide Kontrahenten in ihm stehen, so wird, wenn nicht besondere Umstände bei der einen oder anderen Partei vorliegen, ein Wissenmüssen beider Parteien vom Unmöglichkeitsgrund stets anzunehmen sein, und der Anspruch aus § 307 niemals in Frage kommen.

Beispiele: In dem oben (S. 20) gegebenen Beispiel lag im Verhältnis der beiden Architekten objektive Unmöglichkeit der Leistung vor. B e i d e mußten die Verhältnisse auf dem Baumarkt kennen, mußten wissen, was auf dem Baumarkt notorisch war, daß es unmöglich war, den Bau für (nicht über) 80 000 *RM* aufzuführen. Ein Anspruch

nach § 307 kommt von keiner Seite in Betracht. Oder[45]): Der eine Dorfgenosse (A.) verkauft dem anderen (B.) seine Möbeleinrichtung, die am Tage vorher mit seinem Haus verbrannt ist. Es lag objektive Unmöglichkeit vor. In aller Regel wird man annehmen, daß beide, A. und B., von dem Brand des Hauses wissen müssen, und darum den Anspruch aus § 307 beiderseits ausschließen. Anders, wenn der Käufer B. an dem Tage des Brandes krank in seinem Hause gelegen, und man ihm mit Rücksicht auf seinen Zustand nichts von dem Brande gesagt hat. Jetzt ist in seiner Person das Wissenmüssen zu verneinen, und er hat darum gegen den Verkäufer einen Anspruch nach § 307. Es liegen besondere Umstände im Sinne des oben aufgestellten Satzes vor.

b) Das Unvermögen als positiver Begriff.

Wir hatten den Begriff des Unvermögens oben negativ bestimmt: Es sollte im Gegensatz zur objektiven Unmöglichkeit dann vorliegen, wenn der Unmöglichkeitsgrund nicht verkehrsnotorisch ist. Nach den vorhergehenden Ausführungen können wir nun auch positiv sagen: Unvermögen liegt dann vor, wenn der Unmöglichkeitsgrund entweder im rein persönlichen Erkenntnisbereich des Schuldners oder im Erkenntnisbereich eines besonderen Verkehrskreises, dem nur der Schuldner, und nicht der Gläubiger angehört, gelegen ist. Wenn ein Laie verspricht, ein Porträt zu malen, so liegt der Unmöglichkeitsgrund, seine Unfähigkeit, nach den Regeln der Kunst zu malen, lediglich in seinem persönlichen Erkenntnisbereich. Für die anderen Fälle des Unvermögens erinnern wir an die beiden Beispiele oben (S. 20). Im Verhältnis zwischen A. und dem Architekten G. liegt der Unmöglichkeitsgrund in einem Erkenntniskreis, dem nur G., und nicht der Gläubiger der unmöglichen Leistung A. angehört. Ebenso in dem anderen Beispiel zwischen A. und dem Kunsthändler B.

Um auch das Beispiel eines lokal besonderen Verkehrskreises zu geben[46]). Der Einwohner A. in dem Dorfe X. verkauft dem B. im Dorfe Y. die Möbeleinrichtung seines Hauses, das am Tage vorher abgebrannt ist; hier ist Unvermögen anzunehmen, der Unmöglichkeitsgrund ist in dem internen Verkehr des Dorfes X. notorisch, in einem Verkehrskreis, dem nur der Schuldner, und nicht der Gläubiger angehört.

2. Auseinandersetzung mit der herrschenden Meinung.

Abweichend von dem oben Gesagten ist die herrschende Meinung: Bei objektiver Unmöglichkeit ist jedermann zur Leistung außerstande, bei Unvermögen nur gerade der Schuldner. Sie knüpft damit an den uns von Venuleius überlieferten Ausspruch des Sabinus an: Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum ali possibile sit, iure

[45]) Siehe oben S. 19.
[46]) Vgl. auch oben S. 19.

factam obligationem[47]). Daß auch der Gesetzgeber diese Definition der von ihm verwandten Ausdrücke (objektive) Unmöglichkeit und Unvermögen im Auge gehabt hat, ist sicher. Kleineidam führt das eingehend aus[48]). Doch kann diese Meinung des Gesetzgebers für uns nicht bindend sein, da sie an keiner Stelle des Gesetzes zum Ausdruck gekommen ist. Somit sind wir berechtigt, die Formel der herrschenden Meinung auf ihre Brauchbarkeit zu prüfen und nötigenfalls eine andere an ihre Stelle zu setzen, wie das schon Harff getan hat. Der Schuldner ist außerstande zu leisten, nicht aber jeder Dritte; dann liegt, wie gesagt, nach herrschender Meinung Unvermögen vor. Unter welchem Gesichtspunkt wertet die herrschende Meinung diesen Tatbestand? Welche Rechtsfolgen knüpft sie an ihn? Sie sagt: Der auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichtete Vertrag muß gültig sein; denn dritte Personen sind leistungsfähig. Dem Schuldner darf die Chance, daß eine leistungsfähige dritte Person nach § 267 erfüllt, nicht genommen werden[49]). Der Vertrag ist „gültig", also haftet der Schuldner auf das Erfüllungsinteresse. Wenn sich der Begriff der herrschenden Meinung unter diesem Gesichtspunkt bewerten läßt, wenn also die Haftung auf das Erfüllungsinteresse dem Wesen der herrschenden Begriffsfassung entspricht, ist die herrschende Meinung richtig. Doch das ist nicht der Fall. Gewiß, der Vertrag, d. h. die primär von den Parteien getroffene Vereinbarung mag gültig sein, dem Dritten mag damit die Möglichkeit zu erfüllen gegeben werden. Daraus folgt aber keineswegs die sekundäre Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung. Siber bezeichnet diese Folgerung der herrschenden Meinung als einen unzulässigen Sprungschluß[50]). Sie läßt sich auch nicht mit § 283 rechtfertigen[51]). Es ist nicht ersichtlich, warum der Umstand, daß plötzlich ein wohltätiger Dritter, ein wahrer deus ex machina, für den Schuldner erfüllt, die Haftung des Schuldners auf das Erfüllungsinteresse rechtfertigt. Im Gegenteil! Wenn der Vertrag deshalb, weil ein Dritter erfüllen kann, gültig sein soll, so muß gerade die Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung verneint werden. Denn hat der Gläubiger erst Schadensersatz wegen Nichterfüllung bekommen, so kann der wohltätige Dritte nun nicht mehr erfüllen[52]).

Der Tatbestand, den die herrschende Meinung als anfängliches Unvermögen faßt, läßt sich also nicht unter den Wertgesichtspunkt stellen, unter den ihn die herrschende Meinung stellen möchte. Allerdings das e i n e, daß der Vertrag gültig sein solle, ist man zu sagen berechtigt.

[47]) I 137 §§ 4, 5 D de verb. obl. 45, 1.

[48]) S. 11; besonders ist auf die Motive zum E. I (Bd. 2 S. 45) zu verweisen.

[49]) Vgl. Kleineidam, S. 5 und S. 48; denselben in Dog. J. 43, S. 127/128, insbesondere Anm. 63.

[50]) Dog. J. 50, S. 231, ebenso Planck zu § 306, 3 b S. 324. Unrichtig z. B. Seuff. Arch. 56 S. 441; Kisch, Krit. V.J.Schr. 44 S. 551.

[51]) Vgl. unten C II 1 a. S. 39.

[52]) Dazu Kleineidam, S. 106.

Aber damit ist noch nicht dem Bedürfnis Rechnung getragen, daß für einen großen Kreis der Fälle anfänglichen Nichtleistenkönnens die Haftung auf das Erfüllungsinteresse erwünscht ist. Geben wir dagegen dem Begriff des anfänglichen Unvermögens die von uns geforderte Fassung: der Schuldner ist infolge eines nicht verkehrsnotorischen Umstandes leistungsunfähig; so sind wir berechtigt, wie unten näher ausgeführt wird[53]), an das anfängliche Unvermögen die Rechtsfolge des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung zu knüpfen. Jetzt bewerten wir das anfängliche Unvermögen in einem seinem Tatbestand entsprechenden Sinne. Um es noch einmal anders auszudrücken: Die Formel der herrschenden Meinung nimmt den für die Anknüpfung der in Frage kommenden Rechtsfolge entscheidenden Gesichtspunkt nicht in sich auf, mit ihr läßt sich darum schwerlich ein Urteil finden.

Die Bedeutungslosigkeit der herrschenden Definition hat Titze[54]) dazu geführt, de lege ferenda die Aufgabe der Unterscheidung objektive Unmöglichkeit und Unvermögen zu fordern: Da bei obligatorischen Verhältnissen eine bestimmte Person zu erfüllen habe, könne es grundsätzlich nur auf ihre Leistungsfähigkeit ankommen[55]). Und Kisch gibt ihm zu[56]), daß der Unterscheidung in praktischer Hinsicht keine allzu große Tragweite zukomme.

Daß unsere Definition der Unterscheidung zu anderen Ergebnissen führt, haben wir bereits oben an zwei Beispielen gesehen[57]). Selbst wenn jedermann zur Leistung außerstande ist, liegt Unvermögen dann vor, wenn der das Unmöglichkeitsurteil rechtfertigende Umstand nicht verkehrsnotorisch ist, z. B. in dem Fall des Verkaufs einer nichtexistierenden Sache. Unsere Definition ermöglicht auch eine richtige Entscheidung der Fälle eines höchstpersönlichen Leistungsversprechens: Jederman ist hier zur Leistung außerstande, der das Nichtleistenkönnen des Schuldners begründende Umstand ist nicht verkehrsnotorisch, liegt vielmehr lediglich im Erkenntnisbereich des Schuldners. Daher Unvermögen, und nicht objektive Unmöglichkeit. Diese Annahme führt zu einem sehr billigen Ergebnis, zur Haftung auf das Erfüllungsinteresse. Zu dieser kommen auch die meisten[58]), die objektive Unmöglichkeit annehmen, indem sie den Parteien ein Garantieversprechen unterstellen. Aber damit unterstellen sie ja gerade die für das anfängliche Unvermögen typische Rechtsfolge. Der Begriff des letzteren sollte so gefaßt werden, daß er a l l e Fälle umfaßt, in denen wir ein Garantieversprechen annehmen; sonst hat er keine praktische Bedeutung.

[53]) Unten C. I 2 c.

[54]) S. 70 f.

[55]) Wir haben indessen oben S. 14/15 gesehen, daß die Feststellung, ein Dritter könne leisten, für die Findung des Unmöglichkeitsurteils bedeutsam ist.

[56]) Krit. V.J.Schr. 44, S. 549.

[57]) Siehe S. 21 Anm. 35 und S. 23, nach der herrschenden Definition muß man in beiden Fällen des Verkaufs des öffentlichen Anlagenplatzes objektive Unmöglichkeit annehmen.

[58]) Vgl. z. B. Siber in Dog. J. 50 S. 274 unten.

Die Formel der herrschenden Meinung wird von Brecht mit der Einschränkung übernommen: der leistungsfähige Dritte müsse für den Gläubiger bestimmbar und erreichbar gewesen sein, nur dann liege Unvermögen vor[59]). Gegen seine Formel ist das gleiche, wie gegen die herrschende Meinung, zu sagen. Obwohl Brecht den für die Rechtsfolge des anfänglichen Unvermögens entscheidenden Gesichtspunkt andeutet, verwertet er ihn nicht für die Definition des Begriffes. Er sagt: „Während . . . alle subjektiven Hindernisse ausschließlich oder doch überwiegend im Erkenntnisbereich des Schuldners liegen, hängt es bei objektiven Hindernissen ganz von den Umständen des jeweiligen Falles ab, ob sie der Erkenntnis des Schuldners oder des Gläubigers leichter zugänglich sind" [60]).

Nach Brechts Formel ist im Falle einer höchstpersönlichen Leistungspflicht — nehmen wir an, es verspricht jemand ein Gemälde, ohne von Malerei etwas zu verstehen — bei anfänglichem Erfüllungshindernis objektive Unmöglichkeit anzunehmen. Denn nach der tatsächlichen Lage zur Zeit des Vertragsschlusses war auch keine andere bestimmbare und dem Gläubiger erreichbare Person berechtigt, die Leistung so, wie es geschehen, anzubieten. Aber wie wollte Brecht in diesem Falle behaupten, es hänge ganz von den Umständen ab, ob das objektive Erfüllungshindernis der Erkenntnis des Schuldners oder des Gläubigers leichter zugänglich ist? In diesem Falle ändern die Umstände niemals etwas daran, daß die Erkenntnis des Nichtleistenkönnens, die Unfähigkeit, nach den Regeln der Kunst zu malen, dem Schuldner leichter zugänglich ist.

III. Zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses ist die Leistungsunfähigkeit des Schuldners objektiv gewiß.

Wenn Unvermögen Nichtleistenkönnen des Schuldners infolge eines nichtverkehrsnotorischen Umstandes bedeutet, so ist fernerhin klarzustellen, wann *anfängliches* Unvermögen vorliegt. Die Antwort auf diese Frage ist dem Gesetz zu entnehmen: § 275[61]). Darnach liegt anfängliches Unvermögen vor, wenn der das Unmöglichkeitsurteil begründende Umstand nicht erst nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eingetreten ist.

---

[59]) Über den Grund dieser Einschränkung, Brecht, S. 299, und Rabel, S. 214.

[60]) Brecht, S. 288. Eine Andeutung des entscheidenden Gesichtspunktes findet sich weiter auch bei Krug, S. 40/41. Man muß nur von der Unterscheidung Krugs — Vorgänge in der Seele und Vorgänge in der Rechtsgüterwelt — bei letzteren, sagt Krug, sei eine Garantiepflicht stets abzulehnen — zu der von uns gemachten übergehen: Vorgänge im schuldnerischen Erkenntnisbereich und verkehrsnotorische Vorgänge. Vgl. die Prot. zur 2. Lesung, S. 453 (von Krug zitiert). Gegen Krug Kleineidam, Dog. Z. 43, S. 136.

[61]) Vgl. Harff, S. 49; Kleineidam, S. 85.

1. Wann kommt ein Schuldverhältnis im Sinne des § 275 zur Entstehung[62])?

Mit dem Vertragsschluß, d. h. sobald alle Voraussetzungen des vertraglichen Errichtungsaktes vorliegen. (Bzw. mit dem Zustandekommen des einseitigen Rechtsgeschäfts, wenn die Verpflichtung durch ein solches begründet werden kann. Das Analogon bei Vermächtnisobligationen ist der Zeitpunkt des Erbfalls.) Maßgebend sind also die §§ 147 f. Der Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist auch dann maßgebend, wenn die vereinbarte Leistung unmittelbar nach ihm noch nicht vollzogen werden kann, etwa weil die Leistung erst von einem der Vertragsschließenden oder von einem Dritten zu bestimmen ist, oder weil letztes nach irgendwelchen objektiven Umständen zu geschehen hat; die Leistung bestimmt sich z. B. nach dem Nutzen, den der Schuldner von der gläubigerischen Gegenleistung hat[63]). Der Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist selbst dann maßgebend, wenn der Parteiwille allein die rechtsgeschäftlichen Wirkungen herbeizuführen nicht imstande ist[64]). Damit sind die Fälle gemeint, in denen zur Erfüllung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes die Zustimmung eines Dritten erforderlich ist, in denen also die Zustimmung des Dritten Voraussetzung obligatorischer Wirkungen ist, und nicht bezüglich des Leistungsobjektes erfolgt[65]). Die §§ 108, 114, 177 u. a., auch die Fälle, in denen es der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf (z. B. § 1821, Ziff. 3 u. 4, s. §§ 1828 f), gehören hierher, obwohl die Genehmigung des letzten keine rechtsgeschäftliche Erklärung darstellt. Immer ist es für die Frage, ob anfängliches Unvermögen vorliegt, belanglos, *wann* die Zustimmung der Drittperson erfolgt.

Und schließlich kommt es auch für aufschiebend bedingte Rechtsgeschäfte auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses und nicht auf den des Bedingungseintritts an[66]). Tritt der das Nichtleistenkönnen begründende Umstand bei einem solchen Geschäfte nach Vertragsschluß, aber vor Eintritt der Bedingung ein, so liegt nachträgliches Unvermögen vor. Es wird nämlich schon mit dem Vertragsschluß die Verpflichtung zu obligationsmäßiger Sorgfalt begründet; vom Vertragsschluß an hat somit die für das Recht der nachträglichen Unmöglichkeit

---

[62]) Zur Berechtigung dieser Formulierung, Kisch, S 28, Anm. 5.

[63]) Andere hierher gehörende Fälle bei Kisch, S. 26.

[64]) Kisch, S. 26.

[65]) H. A. Fischer, S. 42, Anm. 66.

[66]) So auch Titze, S. 54, Kisch u. a. Aufschiebend befristete Schuldverträge bieten keine Schwierigkeiten, weil bei ihnen niemals die Wirkung des Geschäftes hinausgeschoben ist, sondern nur die Geltendmachung der Wirkung; es liegt stets bereits bei Vertragsschluß ein, wenn auch noch nicht fälliges Forderungsrecht vor. Titze, § 11 Anm. 12: H. A. Fischer, S. 42 Anm. 67. A. M. z. B. Kisch in Krit. V.J.Schr. 44, S. 516. Noch einfacher liegen die Fälle einer Resolutivbedingung oder eines Endtermins. Die vereinbarte obligatorische Wirkung tritt hier ja mit Vertragsschluß ein.

maßgebende Frage einzusetzen, ob der das Nichtleistenkönnen begründende Umstand verschuldet ist oder nicht. Besonders einleuchtend ist das von Enneccerus und Kisch[67]) gebrachte Argument, das sich auf die verschiedene rechtliche Behandlung der anfänglichen und nachträglichen Unmöglichkeit stützt. Würde die Meinung von der maßgebenden Bedeutung des Zeitpunktes der Bedingungserfüllung im Gegensatze zu dem des Vertragsschlusses richtig sein, so würde ein Umstand, der nach Vertragsschluß, aber vor Bedingungserfüllung eingetreten, ein subjektives Nichtleistenkönnen des Schuldners begründete, die Haftung des Schuldners auf das Erfüllungsinteresse zur Folge haben, während im Falle der Unbedingtheit des Rechtsgeschäftes, in welchem das Obligationsband doch erheblich intensiver wirken sollte, der Schuldner nach § 275 frei wäre[68]).

In eingehender Darstellung verweist Kisch (S. 27 f.) zur Begründung der hier gegebenen Meinung noch auf einige andere Gesichtspunkte: auf den Wortlaut des § 306, auf die Bestimmung des § 160, auch auf § 281; er meint zu dieser Bestimmung, da sich mit Rücksicht auf die Kommissionsverhandlungen (Prot. II, S. 316 f.) die Anwendbarkeit des § 281 auf die Unmöglichkeitsfälle bedingt versprochener Leistungen nicht leugnen lasse, so müsse es sich in der zur Rede stehenden Frage um nachträgliche Unmöglichkeit handeln: § 281 finde nur auf die nachträgliche Unmöglichkeit Anwendung. Dieses Argument kommt für uns nicht in Betracht, weil wir den § 281 auch auf das anfängliche Unvermögen anwenden (vgl. unten C. II 1 d). Kisch beruft sich ferner auf § 308, der als Ausnahme von § 306 gedacht sei. Wenn der Zeitpunkt des Bedingungseintritts maßgebend sei, so sei diese Bestimmung überflüssig, der Vertrag sei ja dann gar nicht im Sinne des § 306 auf eine unmögliche Leistung gerichtet. Kisch führt die Motive (Bd. II, S. 324) an, die die Frage erörtern, wer beim aufschiebend bedingten Kauf die Gefahr trage. Sei die bekämpfte Meinung richtig, so trüge natürlich stets der Verkäufer als Eigentümer die Gefahr, die Erörterungen der Motive seien dann ganz unverständlich.

Wenn Kisch sich auf den Begriff der Nichtigkeit beruft, so bewegt er sich damit wohl im Kreise: Er unterstellt, das bedingte Geschäft führe schon vor dem Eintritt der Bedingung (im Falle des Unmöglichwerdens der Leistung nach Vertragsschluß!) unmittelbar Rechtsfolgen herbei. Trete nun der das Nichtleistenkönnen herbeiführende Umstand nach Vertragsschluß ein, so beseitige er die vertragliche Gebundenheit nicht mit rückwirkender Kraft, also läge sicher keine Nichtigkeit im Sinne des § 306 vor. Aber die von ihm gemachte Unterstellung ist doch gerade strittig.

---

[67]) Enneccerus-Lehmann, § 45, Anm. 1; Kisch, S. 30.

[68]) Dieses Argument führt auch H. A. Fischer, S. 44 an, obwohl er die verschiedenartige Behandlung von nachträglichem und anfänglichem Unvermögen gerade als unbillig empfindet. Er fordert de lege ferenda die Beseitigung des § 275 Abs. 2.

Nichtsdestotrotz ist die hier wiedergegebene Meinung als einwandfrei erwiesen zu erachten.

2. Festzustellen und zu vergleichen mit dem Zeitpunkte der Entstehung des Schuldverhältnisses ist der Zeitpunkt, in dem die objektive Gewißheit der schuldnerischen Leistungsunfähigkeit begründet ist.

Wann ist das Urteil gerechtfertigt, der Unmöglichkeitsgrund habe zur Zeit des Vertragsschlusses vorgelegen? Sicher ist, daß auch in den Fällen der nachträglichen Unmöglichkeit ein das Nichtleistenkönnen bedingender (Bedingungstheorie!) Umstand bei Vertragsschluß stets vorgelegen hat. Insofern gibt es kein nachträgliches Nichtleistenkönnen. Ist nicht auch z. B. die Existenz der schuldnerischen Persönlichkeit eine Bedingung ihres Nichtleistenkönnens? Unsere Frage ist also dahin zu fassen: Welchen Umstand haben wir aus der auf die Unmöglichkeit hinlaufenden Kausalkette hervorzuheben und auf die Zeit seines Eintritts zu untersuchen? Manche[69]) behaupten, aus der Kausalkette sei nur der letzte, die Unmöglichkeit unmittelbar auslösende Umstand, die „Schlußtatsache" in Betracht zu ziehen. Wenn z. B. ein totkrankes Pferd verkauft werde und gleich nach Vertragsschluß umstehe, so sei der die Unmöglichkeit unmittelbar herbeiführende Umstand der Tod des Pferdes, also läge nachträgliche Unmöglichkeit vor[70]). Dieses Kriterium wird nicht dem einzig möglichen Sinn gerecht, den die Unterscheidung von anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit hat[71]), und führt daher auch zu unbilligen Ergebnissen[72]).

Der Umstand, mit dessen Eintritt es objektiv gewiß ist, der Schuldner werde zur Leistungszeit leistungsunfähig sein, ist allein maßgebend. Den Zeitpunkt seines Eintritts haben wir festzustellen und mit dem des Vertragsschlusses zu vergleichen; liegt er bei Vertragsschluß vor, so ist anfängliche Unmöglichkeit anzunehmen. Denn steht es bei Vertragsschluß objektiv fest, der Schuldner werde nicht leisten können, so ist es gleichgültig, wie der Schuldner seinen Willen bestimmt, ob er sich obligationsmäßig oder obligationswidrig gebärdet, auf keinen Fall wird er leisten können. Nachträgliche Unmöglichkeit kann doch nur dann in Frage kommen, wenn die Möglichkeit noch besteht, daß der Schuldner einen Unmöglichkeitsgrund schuldhaft herbeiführt. Um bei dem Beispiel mit dem Pferd zu bleiben: Der Schuldner kann allerdings den Tod des Pferdes verursacht haben, er kann nämlich die

[69]) Kleineidam, S. 86; Kisch, S. 33.

[70]) Man würde dann zu dem unbilligen Ergebnis kommen, daß der Verkäufer nach §§ 275, 323 frei wäre, während er bei der entgegengesetzten Entscheidung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung haften würde, da der Unmöglichkeitsgrund nicht verkehrsnotorisch wäre.

[71]) Siehe Kleineidam, S. 2 und S. 89/90; Harff, S. 51; Kisch, Krit. V.J.-Schr. 44, S. 546, 547.

[72]) Vgl. das Beispiel oben.

Krankheit des Pferdes herbeigeführt haben, aber das nur zu einer Zeit, als eine vertragliche Bindung noch nicht vorhanden, ein vertragliches Verschulden noch nicht in Frage kam.

Wann steht es objektiv fest, der Schuldner werde zur Leistungszeit zur Leistung außerstande sein? Diese Frage kann insbesondere Schwierigkeiten machen, wenn der Richter vor Eintritt der Unmöglichkeit über sie zu befinden hat. Im Zweifel wird der Richter die objektive Gewißheit zu verneinen haben. Wie gesagt, muß es objektiv feststehen. Der Richter hat nicht nur die den Parteien zur Zeit des Vertragsschlusses erkennbaren Umstände heranzuziehen, sondern auch die, die, vielleicht nicht allein den Parteien, erst nach Vertragsschluß erkennbar geworden sind. Im übrigen muß der fragliche Umstand die Gewißheit, die Notwendigkeit der Unmöglichkeit ergeben. In der Annahme einer solchen Notwendigkeit darf man jedoch nicht von logischen Gesichtspunkten ausgehen, man muß sich, wie Harff (S. 54, 55) fordert, von praktischen Erwägungen leiten lassen. War z. B., um das eine seiner Beispiele zu bringen, zur Zeit des Vertragsschlusses der Schuldner hoffnungslos zahlungsunfähig, so ist bei Zahlungsunfähigkeit zur Leistungszeit anzunehmen: es habe bei Vertragsschluß objektiv festgestanden, der Schuldner werde zur Leistungszeit zahlungsunfähig sein. Die Ehefrau verkauft, um ein anderes Beispiel zu geben, ein zum eingebrachten Gut gehöriges Grundstück[73]). Lag die Zustimmung des Mannes beim Abschluß des Verkaufes nicht vor, und verweigert der Mann sie später, so ist die Leistungsunfähigkeit der Frau bei Vertragsschluß in unserem Sinne objektiv gewiß gewesen. Oder der ebenfalls vom Reichsgericht[74]) entschiedene Fall. Es sind nicht existierende Aktienurkunden verkauft worden. Es handelte sich um die Gründung einer Aktiengesellschaft ohne sofortige Errichtung von Aktienurkunden. Letztere sollten erst gedruckt werden, wenn sich das Unternehmen der Gesellschaft günstig anließ. Das Reichsgericht hat anfängliche Unmöglichkeit angenommen. Das konnte es, weil die Verhältnisse der A.G. bei Vertragsschluß solche waren, daß es objektiv gewiß war, sie würden sich innerhalb der Erfüllungszeit nicht günstig anlassen. Daß letzteres zur Zeit des Vertragsschlusses nicht erkennbar war, tut nichts. Während des Prozesses waren noch immer keine Aktien gedruckt, und die Generalversammlung hatte die Zusammenlegung der Aktien beschlossen; Tatsachen, aus denen sich auf die Verhältnisse der A.G. zur Zeit des Vertragsschlusses zurückschließen ließ. In dem bereits oben erwähnten Falle[75]) nähert sich das Reichsgericht der hier wieder gegebenen Meinung, wenn es sagt: Mit der Möglichkeit, daß der Justizfiskus auf die Grundgerechtigkeit verzichten könne, sei für absehbare Zeit nicht zu rechnen.

[73]) RGZ. 80 S. 249.
[74]) RGZ. 52 S. 417. Hier handelt es sich um objektive Unmöglichkeit.
[75]) Siehe S. 23, RGZ. 69 S. 356; weiter RGZ. 81 S. 63.

Schließlich noch ein Beispiel, das Titze[76]) erwähnt, um die Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit darzutun. Seiner Ansicht nach lassen sich im folgenden sowohl die Annahme anfänglicher, wie die nachträglicher Unmöglichkeit halten. Ein deutscher Reeder kann seiner Verpflichtung, Tabakstengel von Bremen über England nach Kopenhagen zu transportieren, nicht nachkommen, weil die Ware in Hull zufolge eines englischen Tabakdurchfuhrverbotes nicht weiter gelassen wird. Dem Schiffer des Reeders war es vorher einmal gelungen, die Tabakstengel durchzuschmuggeln. Die Tatsache, daß dem Schiffer das Durchschmuggeln in diesem Falle mißlang, hat sich erst nach Vertragsschluß ergeben. Trotzdem ist das Nichtleistenkönnen des Reeders in unserem Sinne schon bei Vertragsschluß objektiv gewiß gewesen.

---

[76]) S. 55 Anm. 6; vgl. auch Kisch, Krit. V.J.Schr. 44 S. 544.

C.

Die Rechtsfolgen des anfänglichen Unvermögens.

I. Die Auffindung des Grundsatzes.

Nachdem wir den Begriff des anfänglichen Unvermögens klargelegt haben, nehmen wir die in der Einleitung gestellte Frage nach den Rechtsfolgen dieses Begriffes wieder auf.

1. Läßt sich die grundsätzliche Rechtsfolge per analogiam aus dem Gesetze erschließen?

In Betracht kommen die §§ 306, 307 und 279, 280.

a) Die §§ 306, 307 kommen für eine analoge Anwendung auf das anfängliche Unvermögen nicht in Frage.

Sie würde die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge haben, d. h. nach dem in der Einleitung Gesagten[77]): wir würden grundsätzlich das Vorliegen einer sekundären Vertragspflicht auf das Erfüllungsinteresse verneinen, höchstens unter den Voraussetzungen des § 307 eine solche auf das negative Interesse annehmen.

Der für die Redaktoren maßgebende Grundgedanke des § 306 war der: ein auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist der vernünftigen Natur des Rechts entsprechend für nichtig zu halten[78]). Dieser Grundgedanke ist nicht haltbar, wie man heute nach den Ausführungen von Titze[79]) anerkennt. Der § 306 ist eine rein positiv rechtliche Bestimmung. Der von den Gesetzgebern ins Auge gefaßte Grundgedanke des § 306 kann also auch nicht für die Frage der analogen Anwendung dieser Bestimmung entscheidend sein. Entscheidend ist vielmehr folgendes: Der auf eine objektiv, d. h. infolge eines verkehrsnotorischen Umstandes unmögliche Leistung gerichtete Vertrag ist für nichtig zu halten, weil es der Billigkeit entspricht, weil der Gläubiger ebenso gut wie der Schuldner auf das Nichtvorliegen eines verkehrsnotorischen Erfüllungshindernisses achten kann. Beim anfänglichen Unvermögen handelt es sich gerade nicht um ein im allgemeinen Erkenntnisbereich liegendes Erfüllungshindernis, vielmehr um ein solches, auf das allein der Schuldner achten konnte, um ein solches, auf dessen Nichtvorliegen der Gläubiger mußte bauen dürfen, weil der

---

[77]) Siehe oben S. 10.

[78]) Vgl. die Prot. I S. 448. Es war der Antrag gestellt, den § 344 des E. I (jetzt § 306) zu streichen, da er eine Selbstverständlichkeit besage.

[79]) Titze, S. 239 f.

Schuldner mit ihm abschloß. Die im Falle der objektiven Unmöglichkeit maßgebenden Billigkeitserwägungen, die zur Nichtigerklärung des Vertrages führen, treffen somit beim Unvermögen nicht zu. Die Unanwendbarkeit der §§ 306, 307 folgt aus der begrifflichen Verschiedenheit von objektiver Unmöglichkeit und Unvermögen.

b) Die Analogie der §§ 279, 280 ist durchführbar.

Anders die §§ 279, 280. Ihr Inhalt ist folgender: sollte nach Entstehung des Schuldverhältnisses die finanzielle Leistungsmacht des Schuldners zufällig beeinträchtigt werden, und der Schuldner deshalb zur Leistungszeit unvermögend sein, so werde der Schuldner dem Gläubiger auf das Erfüllungsinteresse haften. Der Grund der Vorschrift ist ersichtlich: Der Gläubiger soll sich darauf verlassen dürfen, daß der Schuldner, wie er bei Vertragsschluß finanziell leistungsfähig war, so auch zur Leistungszeit die Geldmittel zur Verfügung haben werde, deren er vertragsgemäß zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedarf. Und dieser Gesichtspunkt fordert auch in den Fällen des anfänglichen Unvermögens die Annahme einer sekundären Vertragspflicht auf das Erfüllungsinteresse des Inhalts: sollte der Zustand der finanziellen Leistungsmacht des Schuldners zur Zeit des Vertragsschlusses ein solcher sein, daß die Leistungsunfähigkeit des Schuldners zur Leistungszeit objektiv gewiß ist, so habe der Schuldner den Gläubiger so zu stellen, wie er bei Leistungsfähigkeit des Schuldners stehen würde. Diese Haftung gewinnt Bedeutung, wenn der Schuldner wieder zu Geld kommt. Wie gesagt, der gleiche Gesichtspunkt fordert ihre Annahme; der Gläubiger muß sich darauf verlassen dürfen, daß der Zustand der finanziellen Leistungsmacht des Schuldners bei Vertragsschluß die Erfüllungsmöglichkeit nicht mit objektiver Gewißheit ausschließt. Die analoge Anwendung der §§ 279, 280 ist demnach für zulässig zu halten[80]).

2. Die grundsätzliche Haftung des Schuldners auf das Erfüllungsinteresse ist aus allgemeinen Erwägungen abzuleiten.

Doch ist der Kreis der Fälle, in denen nach §§ 279, 280 die Haftung auf das Erfüllungsinteresse angenommen werden könnte, verhältnismäßig eng. Läßt sich die Regel über die Annahme einer sekundären Vertragspflicht auf das Erfüllungsinteresse nicht noch weiter fassen? Darf der Richter nicht in allen Fällen des anfänglichen Unvermögens eine sekundäre Vertragspflicht auf das Erfüllungsinteresse unterstellen?

---

[80]) Harff, S. 87 ff. wendet § 279 ebenfalls analog an, er geht jedoch insofern weiter als die herrschende Meinung, als er aus § 279 ein Einstehen des Schuldners für das Nichtvorliegen irgendwelcher Anormalien der Leistungsmacht, also nicht allein für Zahlungsunfähigkeit folgert.

a) Auf die Fälle, in denen die Parteien bei Vertragsschluß das anfängliche Unvermögen berücksichtigt haben, kommt der Grundsatz von der Haftung des Schuldners auf das Erfüllungsinteresse nicht zur Anwendung.

Er darf es jedenfalls dann nicht tun, wenn der klare Parteiwille dem entgegensteht, wie in folgendem Falle: Beide Parteien haben gewußt, der Schuldner sei unvermögend, und sind darüber im Einverständnis gewesen. Man beachte, sie haben gewußt, es sei objektiv gewiß, daß der Schuldner zur Leistungszeit leistungsunfähig sein werde. Sofern sie ihre Vereinbarung überhaupt ernst gemeint haben (§§ 117, 118), kann sie nur dahin gefaßt werden, der Schuldner solle leisten, wenn (Bedingung) er wider Erwarten infolge eines außerordentlichen Ereignisses leistungsfähig würde. Eben das wäre anzunehmen, was § 308 Abs. 1 für den Fall der objektiven Unmöglichkeit anordnet. Dagegen steht der Parteiwille der Annahme einer Haftung auf das Erfüllungsinteresse entgegen. Aus der Fassung, die die Parteien ihrer Vereinbarung gegeben haben, geht hervor, daß sie eine Haftung auf das Erfüllungsinteresse für den Fall des Nichteintritts des Leistenkönnens nicht gewollt haben. Eine Verpflichtung zur Geldzahlung könnte nur angenommen werden, wenn die Parteien sich folgendermaßen gefaßt hätten: Der Schuldner solle dem Gläubiger eine bestimmte Geldzahlung machen; sollte er infolge eines außerordentlichen Ereignisses zu einer bestimmten Leistung imstande sein, so solle er diese Leistung anstatt der Geldzahlung erbringen.

b) Für die Anknüpfung der Rechtsfolge kommt eine Verschuldensaufrechnung nicht in Betracht.

Der § 307 macht das Vorliegen einer sekundären Vertragspflicht auf das negative Interesse von dem Verschulden der beklagten Partei abhängig. Er geht aber noch weiter, indem er den Anspruch auf das negative Interesse ausschließt, wenn die klagende Partei gleichfalls ein Verschulden trifft. Können wir dieses Mittel bei der Feststellung einer sekundären Vertragspflicht auf das Erfüllungsinteresse bei anfänglichem Unvermögen verwenden? Können wir je nachdem den Schuldner ein Verschulden trifft, den Gläubiger nicht, oder der Gläubiger ebenso wie der Schuldner schuldhaft kontrahierten bzw. beide gleich schuldlos waren, eine sekundäre Vertragspflicht auf das Erfüllungsinteresse unterstellen oder nicht unterstellen? Die Antwort hierauf gibt uns der Begriff des Unvermögens. Es handelt sich bei ihm entweder um einen lediglich im schuldnerischen Erkenntnisbereich gelegenen Unmöglichkeitsgrund oder um einen solchen, der in einem besonderen Verkehrskreise notorisch ist, dem nur der Schuldner, und nicht der Gläubiger angehört. Ist das richtig, so ist bei anfänglichem Unvermögen ein Verschulden des Gläubigers undenkbar. Ihn trifft keine Pflicht, auf ein in einem ihm verschlossenen Erkenntniskreis be-

gründetes Nichtleistenkönnen zu achten. Eine schuldhafte Unkenntnis von der Leistungsunfähigkeit des Schuldners kann es auf seiner Seite nicht geben[81]). Aber auch die Kenntnis von der Leistungsunfähigkeit des Schuldners kann seine Rechte nicht beeinflussen. Weil ihn keine Sorgfaltspflicht trifft, ist ihm selbst mit Rücksicht auf die Kenntnis von dem Unvermögen keinerlei Verhalten, vor allem auch nicht das Unterlassen des Abschlusses mit dem unvermögenden Schuldner zumutbar. Der Ansicht, daß die Kenntnis des Gläubigers von dem schuldnerischen Unvermögen einer sekundären Pflicht nicht entgegensteht, ist auch das Reichsgericht[82]): Der Untervermieter, der ohne Vorbehalt der Genehmigung des Hauptvermieters den Untermietsvertrag abschließt, muß den Untermieter, obwohl diesem z. Zt. des Vertragsschlusses die Mietereigenschaft seines Gegenkontrahenten bekannt ist, entschädigen, wenn er sich der Genehmigung des Hauptvermieters nicht versichert hatte.

c) Der maßgebende Gesichtspunkt für die grundsätzliche Haftung des unvermögenden Schuldners auf das Erfüllungsinteresse ist das Interesse des Verkehrslebens.

Mit Rücksicht auf das unter a) und b) Gesagte haben wir zu fragen: Kann der Richter in allen den Fällen anfänglichen Unvermögens, in denen die Parteien das anfängliche Unvermögen in ihrer Vereinbarung durch Einfügung einer Bedingung nicht berücksichtigt haben, eine sekundäre Pflicht auf das Erfüllungsinteresse annehmen? Diese Frage ist zu bejahen. Der Schuldner, der sich zu einer Leistung verpflichtet, behauptet dem Gläubiger gegenüber: Umstände, die seine Leistungsfähigkeit objektiv gewiß machten, lägen in, dem Gläubiger verschlossenen, ihm selbst zugänglichen Erkenntniskreisen nicht vor[83]). Und der Gläubiger verläßt sich auf diese Behauptung des Schuldners, darf sich darauf verlassen, weil man es ihm nicht zumuten kann, ihm verschlossene, dem Schuldner dagegen zugängliche Erkenntniskreise zu erkunden. Die Annahme einer sekundären Vertragspflicht wird, um dasselbe mit anderen Worten zu sagen, im Interesse der Verkehrssicherheit gefordert[84]). Der Gläubiger soll unter allen Umständen auf das Erfüllungsinteresse als Vermögensbestandteil rechnen dürfen,

---

[81]) a. M. Krückmann, S. 130, gegen die Entscheidung in Seuff. Arch. 56, S. 440.

[82]) RGZ. 81 S. 62, 63. Anders hat das Reichsgericht nach gemeinem Recht entschieden, JW. 1898 S. 251, Nr. 19. Auch für das bürgerliche Recht schließen die Haftung des Schuldners auf das Erfüllungsinteresse aus, wenn dem Gläubiger das anfängliche Unvermögen bekannt war: Dernburg, Bürgerl. Recht, 1898 II 1 § 61 III unter Berufung auf Treu und Glauben; Cosak, Lehrb. des bürgerl. Rechts I § 157 I 2b; Krückmann, S. 130, fordert Verschuldensaufrechnung.

[83]) Ebenso Brecht, der von der Reallegitimation des Schuldners spricht.

[84]) Und nur soweit als das Interesse des Verkehrs reicht, haben wir eine sekundäre Pflicht auf das Erfüllungsinteresse anzunehmen; dieses Interesse hört

soll darauf rechnen dürfen, daß der Schuldner die Leistung zu erbringen vermag, auch dann, wenn er sich noch auf keine weiteren Unternehmungen mit Rücksicht auf die zukünftige Leistung des Schuldners eingelassen hat. Auch dann, wenn der Schuldner ihm durch das Kontrahieren trotz Leistungsunfähigkeit keinen Schaden zugefügt hat. Wie im folgenden Falle[85]): Ein Händler verkauft dem A. ein in festen Händen befindliches Gemälde. Da A. das Gemälde auch von keinem anderen bekommen hätte, und er auf das Versprechen des Händlers noch keine weiteren Unternehmungen gegründet hat (z. B. das Gemälde zu einem höheren Preise weiter verkauft hat), ist ihm keinerlei Schaden entstanden. Trotzdem Haftung auf das Erfüllungsinteresse aus den angegebenen Gründen.

II. Die einzelnen Auswirkungen des Grundsatzes.

Nachdem wir unter I. die grundsätzliche Haftung des vom anfänglichen Unvermögen betroffenen Schuldners dargelegt haben, kommen wir zu den Ausgestaltungen dieses Grundsatzes im einzelnen, zu den Möglichkeiten, die er dem Gläubiger zur Verfolgung seiner Rechte, und dem Schuldner zur Verteidigung gewährt.

1. Bei Schuldverhältnissen im allgemeinen.

a) Kann der Gläubiger auf die subjektiv unmögliche Leistung klagen?

Der Gläubiger kann auf die subjektiv unmögliche Leistung klagen, d. h. die Verurteilung des Schuldners auf die subjektiv unmögliche Leistung ist zulässig, auch wenn das anfängliche Unvermögen feststeht. Das folgt daraus, daß die primäre Verpflichtung auf die vom Unvermögen betroffene Leistung selbstverständlich von Bestand bleibt. Problematisch ist beim anfänglichen Unvermögen ja nur die Frage, ob wir eine sekundäre Pflicht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung anzunehmen haben. Die Zulässigkeit der Verurteilung wird auch von der Rechtsprechung anerkannt[86]).

aber dann auf, wenn der Unmöglichkeitsgrund im Verkehr notorisch ist. — Gewöhnlich spricht man von einem unselbständigen Garantieversprechen, das im Vertrage enthalten ist. Z. B. RG.Komm. zu § 306, 2; RGZ. 69 S. 357: Der Schulder übernehme bei Vertragsschluß die Haftung für seine Leistungsfähigkeit; RGZ. 80 S. 250; 81 S. 63. Ebenso im Grunde auch Kisch mit Rücksicht auf seine Ausführungen, Krit. V.J.Schr. 44 S. 552 und 553, obwohl er auf S. 551 die Schadensersatzpflicht aus der Gültigkeit des Vertrages folgert. Dagegen Titze, S. 249; Planck zu § 306 3 b, S. 324. Titze spricht von einer Vergewaltigung des Parteiwillens, und Planck bezeichnet die regelmäßige Unterstellung einer sekundären Pflicht als mit den tatsächlichen Verhältnissen in Widerspruch stehend. Beides läßt sich nicht behaupten, wenn man, wie wir, den für die Haftung auf das Erfüllungsinteresse maßgebenden Gesichtspunkt in die Begriffsbestimmung des anfänglichen Unvermögens aufnimmt.

[85]) Nach Brecht, S. 286, 287.

[86]) Z. B. RGZ. 80 S. 249.

Die praktische Bedeutung eines Urteils auf eine subjektiv unmögliche Leistung liegt einmal darin, daß dieses Urteil gelegentlich vollstreckt werden kann. Z. B. kann nach § 887 Z.P.O. vollstreckt werden, wenn der Schuldner zur Vornahme einer vertretbaren[87]) Arbeitsleistung unvermögend ist: der Gläubiger treibt dann den zur Heranziehung eines Dritten erforderlichen Geldbetrag von dem Schuldner bei und läßt die Arbeit durch den Dritten vornehmen[88]).

Zum anderen eröffnet die Verurteilung dem Gläubiger die Möglichkeit, auf dem Wege des § 283 gegen den Schuldner vorzugehen. Er erlangt damit Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Kommen wir vielleicht von hier aus zu einer Einschränkung des Satzes von der Zulässigkeit des auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichteten Urteils? Eine Verurteilung ist nur dann zulässig, d. h. der Kläger ist nur dann nicht abzuweisen, wenn er auch ohne § 283 Schadensersatz wegen Nichterfüllung erlangte. § 283 darf nämlich nicht zu einer Mehrbelastung des Schuldners führen[89]). Die Verurteilung ist bei anfänglichem Unvermögen nur zulässig, wenn eine sekundäre Pflicht vorliegt. Eine solche liegt, wie wir unter I. gesehen haben, nur dann nicht vor, wenn beide Parteien die objektive Gewißheit der schuldnerischen Leistungsunfähigkeit kannten und darüber im Einverständnis waren. In diesem Falle ist aber die Primärvereinbarung unter die Bedingung der Möglichkeit gestellt. Ist der Schuldner zur Leistungszeit leistungsunfähig, so ist die Primärvereinbarung wegen Ausfalls der Bedingung unwirksam. Es kann also deshalb zu keiner Verurteilung kommen.

Das Ergebnis bleibt also das, was wir oben behaupteten: Bei Gültigkeit der Primärvereinbarung ist die Verurteilung stets zulässig. Anders, wenn wir die sekundäre Pflicht dann verneinten, wenn der Gläubiger die Leistungsunfähigkeit kannte, ohne mit dem Schuldner darüber im Einverständnis zu sein, der Schuldner sie vielleicht sogar nicht kannte. In diesem Falle wäre die Primärvereinbarung gültig. Wir müßten das Ergebnis dahin formulieren: die Verurteilung ist nur zulässig, wenn die Primärvereinbarung gültig und eine sekundäre Pflicht vorliegt.

---

[87]) Ist die Arbeitsleistung nicht vertretbar, so ist die Vollstreckung nach § 888 Abs. 2 ZPO. unzulässig.

[88]) Vgl. Planck, Vorbem. III 2 zu §§ 275 f. S. 205. Dort wird ein weiterer Fall, in dem die Vollstreckung Erfolg hat, angezogen (entspr. § 809 ZPO.).

[89]) Vgl. Planck zu § 306 3 d, S. 325/26. Planck selbst nimmt die Haftung auf das Erfüllungsinteresse nicht grundsätzlich an, sondern nur nach Analogie der §§ 279, 280 oder, wenn ausnahmsweise ein Garantieversprechen vorliege. Er hält deshalb entsprechend dem im Text Gesagten die Verurteilung auf die subjektiv unmögliche Leistung nur mit Einschränkung für zulässig.

b) Kann der Gläubiger unmittelbar auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung klagen?

Ist dem Gläubiger die Leistungsunfähigkeit des Schuldners bekannt, so ist es ihm vielleicht lieber, anstatt den langwierigen Weg des § 283 zu beschreiten, unmittelbar auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu klagen. Und das kann er, wie aus allgemeinen Grundsätzen folgt, wenn er die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches — sofern sie nicht zum Einwendungstatbestand gemacht sind — nachzuweisen vermag. Die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches haben wir im ersten Hauptabschnitt (B.) kennen gelernt: Der Schuldner hat sich zu einer Leistung verpflichtet, die er zur Leistungszeit zu erbringen, infolge eines bei Vertragsschluß gegebenen nicht verkehrsnotorischen Umstandes außerstande ist[90]). Es fragt sich nun, ob wir nicht nach Analogie des § 282 die Voraussetzung des Anspruches: ein bei Vertragsschluß gegebener, nicht verkehrsnotorischer Umstand ist Ursache des Nichtleistenkönnens — in den Einwendungstatbestand zu verlegen haben, so daß der Schuldner als rechtshindernde Einwendung vorbringen könnte: Sein Nichtleistenkönnen beruhe nicht auf einem bei Vertragsschluß gegebenen, nicht verkehrsnotorischen Umstande. Um das darzutun, wird er entweder nachweisen, der Umstand habe im Erkenntnisbereich der Allgemeinheit gelegen, sei verkehrsnotorisch[91]). Doch muß er in diesem Falle weiter dartun: entweder der Umstand habe bei Vertragsschluß vorgelegen, der Vertrag sei also nach § 306 nichtig, oder er habe den Umstand nicht verschuldet; andernfalls dringt der Gläubiger nach §§ 280, 282 durch. Oder er wird nachweisen, der nicht verkehrsnotorische Umstand habe bei Vertragsschluß noch nicht vorgelegen[92]). Um freizukommen, muß er jetzt weiter darlegen: Er habe den Umstand nicht verschuldet, und letzter stelle sich auch nicht als eine Beeinträchtigung seiner finanziellen Leistungsmacht dar. Anderenfalls wird er nach §§ 276, 279, 280, 275, Abs. 2, 282 verurteilt.

Diese analoge Anwendung des § 282 ist für richtig zu halten[93]). Der Grund dieser Bestimmung — manche halten sie für eine Aus-

[90]) Hätten wir in dem Falle der Kenntnis des Gläubigers von der Leistungsunfähigkeit des Schuldners — ohne Einverständnis des letzten — die Haftung des Schuldners abgelehnt, so würde als weitere Voraussetzung hinzuzufügen sein: Unkenntnis des Gläubigers von dem anfänglichen Unvermögen. Wenn der Gläubiger von dem anfänglichen Unvermögen wußte und mit dem Schuldner darüber im Einverständnis war, ist die Primärvereinbarung ungültig; es fehlt also bereits die erste Voraussetzung des Schadensersatzanspruches.

[91]) Genau genommen weist er Tatsachen nach, auf Grund deren der Richter den Unmöglichkeitsgrund als verkehrsnotorisch bewertet.

[92]) Das wird von Kisch, S. 34, 2. Abs. unter Ziff. 2 abgelehnt. Gegen ihn Titze, Krit. V.J.Schr. 45, S. 360, Anm. 3.

[93]) Harff zieht bei der analogen Anwendung der §§ 280, 279 den § 282 ebenfalls heran, aber offenbar nur bei ihr, und nicht im Falle der Garantieübernahme.

nahmebestimmung —: der Schuldner ist näher dazu, in Ansehung der fraglichen Umstände (Verschulden usw.) die Beweislast zu tragen, also ihr Nichtvorliegen nachzuweisen[94]); trifft auch, und ganz besonders beim anfänglichen Unvermögen zu. Der Schuldner ist näher dazu, in Ansehung der Frage die Beweislast zu tragen, ob der Unmöglichkeitsgrund nicht verkehrsnotorisch ist, d. h. ob er im rein persönlichen Erkenntnisbereich des Schuldners oder in dem eines besonderen Verkehrskreises liegt, dem der Schuldner, nicht dagegen der Gläubiger angehört. Oder in Ansehung der Frage die Beweislast zu tragen, ob dieser nicht verkehrsnotorische, also der Erkenntnis des Schuldners, aber nicht des Gläubigers zugängliche Unmöglichkeitsgrund bereits bei Vertragsschluß gegeben war. Wollte man die Beweislast in beiden Fragen dem Gläubiger auferlegen, so würde man ihm ein Eindringen in seiner Erkenntnis verschlossene Verhältnisse zumuten[95]).

Somit hat der Gläubiger, um in Fällen anfänglichen Unvermögens unmittelbar mit der Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung durchzudringen, nachzuweisen:

erstens die Primärvereinbarung; also auch, sie sei nicht unter der Bedingung, daß der Schuldner leistungsfähig sein werde, geschlossen, wenn der Schuldner den bedingungslosen Abschluß leugnet;

und zweitens das Nichtleistenkönnen des Schuldners; genauer, der Gläubiger weist Tatsachen nach, aus denen der Richter das Unmöglichkeitsurteil folgert. Dieses ist demnach revisibel.

Kleineidam[96]) hält die Klage auf Schadensersatz nur auf dem Wege des § 283 für zulässig. Er ist offensichtlich der Meinung, wenn man dem Gläubiger die unmittelbare Klage auf Schadensersatz gewähre, behaupte man, es sei ein logischer Widersinn in einer Obligation enthalten, die den Schuldner zu einer Leistung verpflichte, die er selbst nicht, wohl aber ein Dritter vornehmen könne[97]); und mit Rücksicht auf diesen logischen Widersinn verneine man den Bestand der auf die subjektiv unmögliche Leistung gerichteten Verpflichtung und setze an ihre Stelle eine Schadensersatzpflicht. Wenn das die Begründung für die Zulässigkeit unmittelbarer Klage auf Schadensersatz wäre, so würden in der Tat die Interessen des Schuldners in den Fällen anfänglichen Unvermögens vernachlässigt, in denen ein Dritter leisten kann. Denn die von den Parteien vereinbarte Leistung wäre nicht mehr geschuldet. Aber das ist ja auch nicht die richtige Begründung, vielmehr bleibt die primäre Vertragspflicht auf die vereinbarte Leistung von Bestand, so daß ein Dritter solange erfüllen kann, als der Gläubiger den Schadensersatz nicht erhalten hat; der Gläubiger

[94]) Vgl. Harff, S. 108; Seuff. Arch. 67, S. 221.

[95]) Vgl. wieder Seuff. Arch. 67, S. 221.

[96]) S. 48; vgl. auch Kisch, S. 127, der die im Text dargelegte Meinung vertritt.

[97]) Das bestreitet Kleineidam, vgl. Dog. J. 43, S. 124.

kann sich jedoch auf die sekundäre Pflicht berufen, d. h. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn die oben genannten Voraussetzungen des Eingreifens dieser sekundären Pflicht vorliegen. Hat der Gläubiger den Schadensersatz erhalten, so ist allerdings dem Schuldner die Aussicht auf die Erfüllungshilfe eines Dritten genommen, aber nicht früher. Das ist eine durchaus berechtigte Beeinträchtigung der Schuldnerinteressen.

c) Der Gläubiger kann die Verzugsfolgen geltend machen.

Kann der Gläubiger bei anfänglichem Unvermögen den Nachweis der schuldnerischen Leistungsunfähigkeit nicht führen, oder kann er ihn führen, will er sich aber die Möglichkeit, die primär geschuldete Leistung, falls sie infolge eines außerordentlichen Ereignisses doch noch möglich werden sollte, zu fordern, vorbehalten, so kann er die Verzugsfolgen der §§ 284 f. geltend machen. Weist er die Fälligkeit seiner Forderung und seine Mahnung nach, so ist ihm der infolge der Leistungsverzögerung entstandene Schaden zu ersetzen (§ 286 Abs. 1). Der Schuldner hat die Verzögerung der Leistung, die auf bei Vertragsschluß gegebenen, nicht verkehrsnotorischen Umständen beruht, stets zu vertreten. Das ergibt sich aus dem oben (unter I) gefundenen Grundsatz. Auch hier trifft nach § 285 den Schuldner die Beweislast. Er kann den Gläubiger schlagen, indem er den Nachweis führt, die Leistung sei nicht infolge eines bei Vertragsschluß gegebenen, nicht verkehrsnotorischen Umstandes unterblieben[98]).

d) Kann der Gläubiger Herausgabe eines Ersatzes nach § 281 fordern?

Hat der Schuldner infolge des anfänglichen Unvermögens einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt, so kann der Gläubiger auch Herausgabe des Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruches verlangen. Das ergibt die Analogie des § 281. Den Parteien eine dem § 281 analoge Vertragspflicht auf Herausgabe des Ersatzes zu unterstellen, entspricht dem in der Einleitung (I) Gesagten. Der Schuldner soll, wenn er infolge eines nicht verkehrsnotorischen Umstandes anfänglich unvermögend ist, aber infolge eben dieses Umstandes für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz erlangt hat — es ist z. B. an die Stelle des Eigentums an der verkauften Sache eine Geldforderung getreten —, wenigstens die Fähigkeit seiner Person, die an die Stelle der von den Parteien vorausgesetzten getreten ist, in den Dienst des enttäuschten Gläubigers stellen. Das entspricht der Billigkeit, und ist lediglich eine dem § 281 analoge Fortentwicklung des Parteiwillens[99]).

[98]) Einzelheiten vgl. oben S. 40.

[99]) A. A. Planck, S. 325; Oertmann zu § 281 Nr. 3, S. 185; vgl. Harff, S. 116, die Einschränkung, die er macht, § 281 finde nur analoge Anwendung, wenn der Ersatz oder Ersatzanspruch nach Vertragsschluß erworben sei, führt praktisch zur Verneinung der analogen Anwendung.

Ein Beispiel möge das Gesagte veranschaulichen: Es hat jemand ein und dieselbe Sache zweimal hintereinander verkauft. Vor Abschluß des zweiten Vertrages war dem ersten Käufer die Sache bereits übergeben, er will sie unter keinen Umständen wieder herausgeben; somit war anfängliches Unvermögen des Verkäufers begründet. Jetzt kann der zweite Käufer von ihm Abtretung der Kaufpreisforderung gegen den ersten Käufer selbst dann verlangen, wenn der von ihm geschuldete Preis erheblich niedriger ist, als der von dem ersten Käufer geschuldete, und letzter vielleicht gar den Verkaufswert der Sache, also des zweiten Käufers Erfüllungsinteresse übersteigt. (Das Beispiel wird von Planck erwähnt.)

e) Das vorübergehende anfängliche Unvermögen.

aa) Der Begriff.

Schließlich sei noch gezeigt, welchen Einfluß ein vorübergehendes anfängliches Unvermögen auf das Rechtsverhältnis hat. Von einem solchen sprechen wir, wenn der Erfüllung ein auf bei Vertragsschluß gegebenen, nicht verkehrsnotorischen Umständen beruhendes Hindernis nur während einer Zeitspanne innerhalb des mehr oder weniger langen Erfüllungszeitraums entgegensteht.

Beispiel: Es dingt sich jemand am 1. März einen Diener zu einer Reise nach Italien, die er zwischen dem 1. und 15. April anzutreten gedenkt. Der Diener erkrankt im Laufe des März aus schon bei Vertragsschluß gegebenen Gründen schwer. Erst acht Tage nach dem 1. April wird er wieder hergestellt. (Das Beispiel wird in der Literatur häufig erwähnt.)

bb) Die Behandlung des vorübergehenden anfänglichen Unvermögens.

Ein solches begründet nicht einmal ein teilweises Unvermögen im wahren Sinne des Wortes. Und doch gibt es Fälle, in denen es einem während des ganzen Erfüllungszeitraums bestehenden Unvermögen gleichzusetzen ist. Wie Krückmann dargelegt hat[100]), ist dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben, innerhalb des langen Erfüllungszeitraums einen Zeitpunkt auszuwählen, dessen Gegebenheiten in Ansehung der Frage der Unmöglichkeit für die Gestaltung des Rechtsverhältnisses allein maßgebend sind. Dieser Zeitpunkt tritt für die Frage des Nichtleistenkönnens an die Stelle des Erfüllungszeitraums. Er ist der Schlußmoment der letzten mündlichen Verhandlung in dem vom Gläubiger angestrengten Prozeß.

Um die dem Gläubiger bei vorübergehendem anfänglichen Unvermögen zur Geltendmachung seiner Rechte gegebenen Möglichkeiten zusammenzustellen:

Einmal kann der Gläubiger den Schuldner nach § 284 in Verzug

---

[100]) Krückmann, S. 80 f., insbesondere S. 82 und S. 99. Ihm hat sich Harff, S. 79 f., angeschlossen.

setzen. Ebenso wie das dauernde anfängliche Unvermögen, hat der Schuldner auch das vorübergehende stets zu vertreten. (Vgl. oben S. 42 unter c.)

Zum andern kann der Gläubiger trotz vorübergehenden Unvermögens auf Leistung klagen. So wenig wie das dauernde steht das vorübergehende Unvermögen einer Leistungsklage entgegen. Der Gläubiger braucht auch keinen bedingten Klagantrag: den Schuldner zu verurteilen, wenn die Leistung möglich sei — zu stellen. Die Verurteilung auf Leistung ist auch zulässig, wenn die Behebung des Unvermögens nur wahrscheinlich oder möglich (unabsehbar im Sinne von Kisch S. 24) ist[101]). Nach Wegfall des vorübergehenden Erfüllungshindernisses kann sich der Gläubiger des erstrittenen Urteils bedienen.

Drittens kann der Gläubiger aber auch auf Schadensersatz klagen, indem er nachweist: der Schuldner sei gegenwärtig zur Leistung außerstande. Und jetzt wird das oben Gesagte bedeutungsvoll: ein Nichtleistenkönnen des Schuldners bei Schluß der letzten mündlichen Verhandlung ist einem Nichtleistenkönnen innerhalb des langen Erfüllungszeitraums gleichzusetzen. Der Schuldner kann den Gläubiger, so unangenehm ihm das sein mag, da er vielleicht aus Mangel an Geldmitteln oder sonstigen Gründen die später mögliche Leistung lieber als den Schadensersatz wegen Nichterfüllung erbringt[102]), nun nicht damit schlagen: er, der Schuldner, werde von einem bestimmten Zeitpunkt des Erfüllungszeitraums an wieder leistungsfähig sein; auch dann nicht, wenn das Wiedermöglichwerden der Leistung sicher oder wahrscheinlich ist. Vielmehr kann er auch jetzt nur durch die auf S. 40 genannten Nachweisungen freikommen. Sie gelingen ihm bei anfänglichem Unvermögen gerade nicht. Er wird somit jetzt zu Schadensersatz wegen Nichterfüllung verurteilt. Und dadurch wird das Rechtsverhältnis endgültig geändert: die später mögliche Leistung kann nicht mehr erbracht werden; Inhalt des Schuldverhältnisses ist eine Verpflichtung zur Geldzahlung[103]).

2. Bei gegenseitigen Schuldverhältnissen.

Bei gegenseitigen Verträgen ist selbstverständlich alles, was unter 1 von den Schuldverhältnissen im allgemeinen gesagt wurde, zu berück-

[101]) Zu vergleichen Krückmann, S. 86. Harff (S. 81) bedient sich des bedingten Klageantrags, da er den Schuldner bei anfänglichem Unvermögen nach § 275 grundsätzlich befreit. Ferner Harff, S. 80. Aus dem gleichen Grunde wird für Harff die Frage, ob die Behebung des Unvermögens sicher, wahrscheinlich oder unabsehbar ist, bedeutsam.

[102]) In dem oben angegebenen Beispiel wird es dem Diener, der kein Krösus ist, lieber sein, nach seiner plötzlichen Genesung die Reise mitzumachen, als Schadensersatz zu leisten.

[103]) So Kisch, S. 125, Anm. 6, 3. Abs., gegen Kleineidam, S. 110, der meint: die Leistung könne vom Schuldner auf Grund von § 249 erbracht werden. — Der Diener, der nach der Verurteilung zu Schadensersatz gesundet, kann dem Gläubiger seine Dienste nicht mehr aufdrängen.

sichtigen. Was hier Schadensersatz wegen Nichterfüllung bedeutet, entscheidet sich nach der Differenz- bzw. Austauschtheorie.

Zweifelhaft ist, ob bei gegenseitigen Schuldverhältnissen der leistungsfähigen Partei ein Rücktritts- oder ein Zurückweisungsrecht (Krückmann) zuzusprechen ist. Fälle, in denen ein solches Recht für die leistungsfähige Partei wichtig wird, gibt es. In der Regel besteht ein mehr oder weniger langer Zeitraum zwischen dem Vertragsschluß und dem Beginn der Erfüllungszeit. Erfährt nun der Gläubiger (die leistungsfähige Partei) in diesem Zeitraum von den Umständen, die die Leistungsunfähigkeit der anderen Partei (des Schuldners) objektiv gewiß machen, so wird er sich anderweit eindecken. Wie, wenn der Gläubiger das getan hat, und dem Schuldner die Leistung mit der Fälligkeit infolge eines außerordentlichen Ereignisses doch noch möglich geworden ist? Der Schuldner bietet die Leistung an und verlangt die Gegenleistung des Gläubigers. Der Gläubiger hat infolge des Deckungsgeschäftes das Interesse an der Leistung des Schuldners verloren. Kann er sie nun zurückweisen? Diese Frage ist zu verneinen. Für die Annahme eines Rücktrittrechtes fehlt uns jeglicher Anhaltspunkt im Gesetze. Auch aus § 325 läßt es sich für das ursprüngliche Unvermögen nicht begründen[104]). § 325 behandelt die Rechtsfolgen einer zu vertretenden *nachträglichen* Unmöglichkeit.

Vor allem ist auch ein dringendes Bedürfnis für die Annahme eines Rücktrittsrechtes nicht anzuerkennen.

Es sei auf zwei Hilfsmittel verwiesen, deren sich der Gläubiger nach vorzeitiger Vornahme eines Deckungsgeschäftes bedienen kann: Einmal kann er unter den Voraussetzungen des § 259 Z.P.O. — sie werden allerdings in unseren Fällen nicht oft vorliegen — auf künftigen Schadensersatz wegen Nichterfüllung klagen, indem er nachweist, der Schuldner werde zur Leistungszeit leistungsunfähig sein. Mit dem auf Schadensersatz lautenden Urteil wird die Erbringung der primär geschuldeten Leistung ausgeschlossen (oben S. 44 zu Anm. 103). Des anderen Hilfsmittels wird er sich dagegen stets bedienen können. Er kann vor Fälligkeit der Leistung auf Feststellung klagen, daß sich der Leistungsanspruch in einen solchen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verwandelt habe. An dieser Feststellung hat der Kläger ein erhebliches rechtliches Interesse: Infolge des Feststellungsurteils kann der Beklagte die später mögliche, primär geschuldete Leistung nicht mehr erbringen. (§ 256 Z.P.O.)

In der Mehrzahl der Fälle wird sich der Gläubiger über die Entwicklung der schuldnerischen Leistungsmacht nicht täuschen. Außerordentliche Ereignisse gehören, eben weil sie außerordentliche sind, zu

---

[104]) Durchweg lehnt die Praxis die Analogie des § 325 ab: das geht aus den oben S. 37 Anm. 84 angeführten Reichsgerichtsentscheidungen hervor. Ausdrücklich abgelehnt wird die Analogie in Seuff. Arch. 56, S. 440. Letzte Entscheidung wird wiederum von Seuff. Arch. 65 Nr. 118 S. 225 angezogen.

den Seltenheiten. In aller Regel wird der Schuldner, der Annahme des Gläubigers entsprechend, tatsächlich leistungsunfähig sein. In den wenigen Fällen, in denen der Gläubiger nach der Vornahme eines Deckungsgeschäftes mit der Leistung des Schuldners überrascht wird, muß zu Ungunsten des Gläubigers entschieden werden. Der Gläubiger war nämlich recht eigentlich nicht genötigt, sich anderweit einzudecken. Der Schuldner haftet ihm ja auf das Erfüllungsinteresse, hat ihm also die Mehrkosten zu ersetzen, die er (der Gläubiger) infolge eines erst nach der Fälligkeit vorgenommenen Deckungsgeschäftes hat, und ihm ferner den Schaden zu ersetzen, den er dadurch erleidet, daß er den benötigten Gegenstand zu spät erlangt. Immerhin ist dem Gläubiger damit nicht geholfen, wenn die Vermögensverhältnisse des Schuldners so schlecht sind, daß er dem Gläubiger den Schaden nicht ersetzen kann. Doch kann uns dieser Umstand nicht veranlassen, dem Gläubiger ein Recht zuzusprechen, für das aus dem Gesetz kein Anhaltspunkt zu gewinnen ist.

Beispiel (in Fortbildung der Entscheidung in Seuff.Arch. 56 S. 440): A. vermietet im Februar dem B. zum 1. Mai einen Lagerplatz. Der Platz ist bereits an C. vermietet, der zum 1. Mai nicht mehr gekündigt werden kann. Damit war bei Vertragsschluß die Leistungsunfähigkeit des Vermieters für den Mieter B. gewiß. Deshalb hat B. sich noch im Februar einen anderen Platz zum 1. Mai gemietet. Am 1. Mai stellt ihm A. wider Erwarten seinen Platz zur Verfügung; er hat nämlich den C. im April zur Aufgabe des Platzes bestimmen können.

Lebenslauf.

Verfasser wurde am 3. August 1907 zu Stavenhagen i. M. als Sohn des Amtsrichters Carl Buschmann geboren. Von Ostern 1917 bis Ostern 1926 besuchte er das Gymnasium Fridericianum zu Schwerin i. M. In der Folgezeit hat er an den Universitäten Heidelberg (S.-S. 1926—S.-S. 1927), Berlin (W.-S. 1927/28) und Rostock (S.-S. 1928—W.-S. 1929/30) Jurisprudenz studiert. Seit April 1930 befindet er sich als Referendar im mecklenburg-schwerinschen Vorbereitungsdienst.